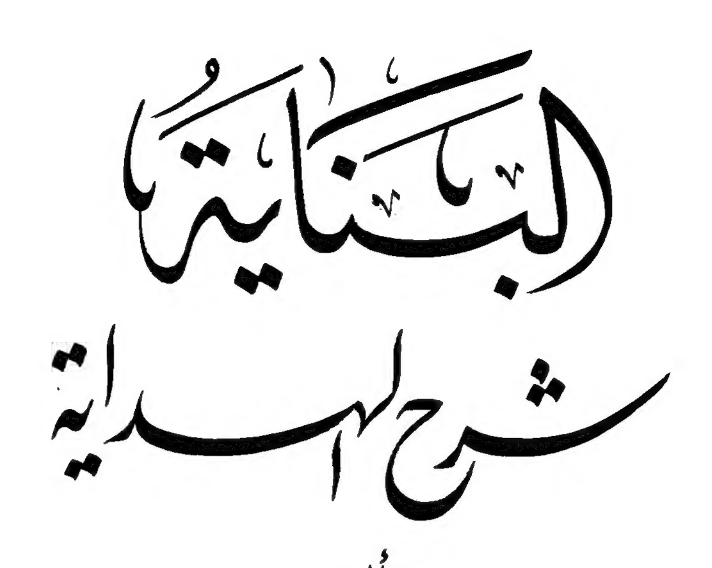


البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين

المعروف ببدر الدين العيني الحنفي

المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان

مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء السابع

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

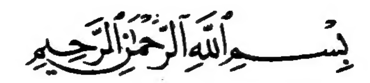
DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com



كتاب السرقة

والسرقة في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى : ﴿إلا من استرق السمع﴾ (الحجر:الآية ١٨) ش: وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء لا غير ، كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار ، وفي الكبرى وهو قطع الطريق مسارقة عن الإمام ،

م :(كتاب السرقة)

ش:أي هذا كتاب في بيان أحكام السرقة . ولما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة التعزير شرع في ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الأموال، وصيانة النفس أقدم من صيانة المال، فلذلك أخر كتاب السرقة .

م :(**والسرقة في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار**) ش: والسرقة على وزن فعلة ، بفتح الفاء وكسر العين ،من سرق من باب ضرب يضرب ، ولها معنى لغوي ، ومعنى شرعي ، ومعناها اللغوي هو ما قاله المصنف - رحمه الله - بقوله السرقة في اللغة إلى آخره م :(ومنه) ش: أي : ومن المعنى اللغوي م :(استراق السمع) ش: وهو السماع حقيقة م :(قال الله تعالى : ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ (الحجر :الآية ١٨)) ش: معناه : يستمع مستخفيًا ، ويقال معناه رام اختلاسه سراً ، واسترقت الشياطين من الملائكة كلامًا م :(وقد زيدت عليه) ش: أي: على المعنى اللغوي: م :(أوصاف في الشريعة) ش: أي قيود في المعنى الشرعي م : (على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى) ش: أي بيان تلك الأوصاف التي هي القيود.

م :(والمعنى اللغوي مراعى فيها) ش: أي أخذ الشيء من الغير على الحقيقة مراعى في السرقة م: (ابتداء وانتهاء) ش: وهي أن توجد الحقيقة ابتداء وانتهاء م :(أو ابتداء لا غير) ش: أي على وجه الحقيقة م :(كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) ش: يعني ليلاً على الجدار يعني خفية ثم استيقظ صاحب المالك م : (وأخذ المال من المالك مكابرة) ش: يعني مقابلة بالسلاح ومدافعة م :(على الجهار) ش: يعني أخذ المال في الانتهاء.

م :(وفي الكبرى) ش: أي في السرقة الكبرى م :(وهو قطع الطريق) ش: هذا جواب عما يقال يرد على ما قلت : قطع الطريق؛ لأنه لم يراع فيه الحقيقة .

وقد قلت: المعنى اللغوي في السرقة مراعى . فأجاب بقوله وفي الكبرى؛ أعني : قطع الطريق م :(مسارقة عن الإمام) ش: لأن قاطع الطريق يأخذ المال عن المارة حقيقة عن عين الإمام

لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه . وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه . قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية (المائدة:الآية ٣٨) ، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن الجناية لا تتحقق دونهما ، والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير ، لأن الرغبات تَفْتُر في الحقير ، وكذا إذ أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه

الذي يحفظ الطريق م :(**لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه**) ش: وهو جمع عون ، وهو الظهير والمرء بأعوانه رجاله الذين في خدمته وصدهم لحفظ الطريق .

م :(**وفي الصغرى**) ش: أي وفي السرقة الصغرى م :(**مسارقة عين المالك**) ش: الذي هو الحافظ م :(**أو من يقوم مقامه**) ش: أي أو مسارقة عين من يقوم مقام المالك ، سواء كان صاحب أمانة أو ضمان لمستعير المستأجر والمودع والمرتهن والمضارب والفاجر .

م :(**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :م :(**وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته**) ش: أي : أو سرق مايبلغ قيمته م :(**عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع**) ش: إلى هنا لفظ القدوري .

م :(**والأصل فيه**) ش: أي في وجوب القطع م : **قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ الآية** (**المائدة : الآية ٣٨**) ش: أي الذي يسرق والتي تسرق فاقطعوا أيديهما باتفاق العلماء ، وهو جعل لتناول المال غير المحروز الشيء التافه الذي لا قيمة له .

والحديث وهو قوله - عليه السلام - : «لا يقطع السارق إلا في المحرز » على ما يجيء بيان الحديث م :(**ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن الجناية لا تتحقق دونهما**) ش: أي دون العقل والبلوغ ، وإنما خص المجنون والصبي لقوله - عليه الصلاة والسلام- « **رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل** » م :(**والقطع جزاء الجناية**) ش: فلا تثبت الجناية على المجنون والصبي -والقطع عقوبة - وهما ليسا من أهل العقوبة .

م :(**ولا بد من التقدير بالمال الخطير**) ش: أي الذي له قيمة ، وضد الخطير الحقير م :(**لأن الرغبات تفتر في الحقير**) ش: الرغبات جمع رغبة ، وهو مصدر رغب عن الشيء رغبًا ورغبة ، وإذا أراده ورغب عنه لم يرده ، والفتور الضعف والانكسار، المعنى أن الراغب في الشيء لايرغب في الشيء الحقير .

م :(**وكذا إذ أخذه لا يخفى**) ش: أي وكذا أخذ الشيء الحقير لا يخفى ، والذي يأخذه لا يخفيه عن الناس لخفائه ، وإذا كان كذلك م :(**فلا يتحقق ركنه**) ش: أي ركن السرقة ، وهو الأخذ

ولا حكمة الزجر ، لأنها فيما يغلب . والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا . وعند الشافعي - رحمه الله - التقدير بربع دينار ، وعند مالك -رحمه الله- بثلاثة دراهم . لهما أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن . وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقل - وهو المتيقن به- أولى غير أن الشافعي -رحمه الله- يقول : كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثني عشر درهماً ثلاثة ربعها .

عن الخفية وتذكير الضمير على تأويل السرقة ، لأنهما بمعنى م :(**ولا حكمة الزجر**) ش: أي ولا تتحقق أيضًا حكمة الزجر في أخذ الشيء الحقير م :(**لأنها**) ش: أي لأن حكمة الزجر م :(**فيما يغلب**) ش: أي وقوعها ، وكذلك في المال الخطير .

م :(**والتقدير**) ش: أي تقدير الشيء الذي يقطع به يد السارق م :(**بعشرة دراهم مذهبنا**) ش: وفيه مذاهب الناس . وقال الحسن وداود والخوارج وابن بنت الشافعي - رحمه الله - : يقطع ، والقليل والكثير لعموم الآية ، لقوله - عليه الصلاة والسلام - : «**لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده**» متفق عليه . وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : لا تقطع في أقل من خمسة دراهم . وقال مالك وأحمد - رحمهما الله - : يقطع في ربع دينار ، أو قدر تلك دراهم . وروي عن مالك- رحمه الله - خمسة دراهم . وهو المروي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري - رضي الله عنهما - ، كذا في «جامع الترمذي» .

وروي عنهما أنه لا يقطع في أقل من أربعين درهمًا . وهو غير صحيح .

م :(**وعند الشافعي - رحمه الله - التقدير بربع دينار ، وعند مالك - رحمه الله - بثلاثة دراهم . لهما**) ش: أي للشافعي- رحمه الله- ومالك - رحمه الله - م :(**أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن**) ش: بكسر الميم وهو التُرْس [. . . .] به اشتراه صاحبه من جنة الليل وأجنة ، أي ستره .

واختلفوا في ثمن الذي قطع به رسول الله ﷺ فقيل كان عشرة دراهم ، وقيل ثلاثة دراهم ، وقيل خمسة دراهم ، فقال الشافعي- رحمه الله - ومالك - رحمه الله - : م :(**وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل - وهو المتيقن به -أولى غير أن الشافعي - رحمه الله - يقول: كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثني عشر درهمًا ثلاثة ربعها**) ش: واحتج بما روى الترمذي عن عمرة عن عائشة -رضي الله عنها -موقوفًا ومرفوعًا «أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع»[1] . أو احتج مالك -رحمه الله - بما روي عن نافع عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهم - « أن

(١) أبو داود [٤٣٨٣، ٤٣٨٤] . ابن ماجة [٢٥٨٥] النسائي :[٤٥٦٤، ٤٥٦٥ ,٤٥٦٦ ، ٤٥٦٧ ، ٤٥٦٨ ، ٤٥٦٩ ، ٤٥٧٠ ، ٤٥٧١ ، ٤٥٧٢ ، ٤٥٧٣ ، ٤٥٧٤ ، ٤٥٧٥ ، ٤٥٧٦].

ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد ، وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية ، وهي دارئة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم

رسول الله ﷺ قطع سارقًا في مجن قيمته ثلاثة دراهم»[1] م :(**ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد**) ش: لأن الحدود تندرئ بالشبهات م :(**وهذا**) ش: أي الأخذ بالأكثر م :(**لأن في الأقل**) ش: أي في عشرة دراهم م :(**شبهة عدم الجناية ، وهي**) ش: أي الشبهة م :(**دارئة للحد**) ش: الشبهة ، بيان ذلك أن في العشرة يجب القطع بالإجماع ، وفيما دونها خلافًا . والأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ بما فيه خلاف ، لأن أدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات .

م :(**وقد تأيد ذلك**) ش: أي ما ذكرنا م :(**بقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي بقول النبي ﷺ: م :(**لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم**) ش: هذا الحديث رواه الطحاوي ، قال حدثنا ابن أبي داود قال : حدثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني حدثنا [. . . . .] عن منصور عن عطاء عن ابن أم عزم عن أم أيمن قالت : قال رسول الله ﷺ :«**لا يقطع السارق إلا في مجن** » **وقومت يومئذ على عهد رسول الله ﷺ ديناراً أو عشرة دراهم**[2] .

وأخرجه البيهقي في «الخلافيات» . وقال الطحاوي- رحمه الله- أيضًا : حدثنا ابن أبي داود وعبد الرحمن بن عمرو الدمشقي - رحمه الله - قال : حدثنا ابن خالد الذهبي قال : حدثنا محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال : « **كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم يد رجل في مجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم**»[3] . رواه أبو داود .

وأخرجه الحاكم في مستدركه ، وقال صحيح على شرط مسلم وشاهد حديث أيمن .

فإن قلت : أيمن هذا عده جماعة من الصحابة وقالوا إنه قتل يوم حنين ولم يدرك عطاء- رضي الله عنه - فحينئذ فالحديث منقطع .

قلت : إن كان أيمن من الصحابة - رضي الله عنه - وعطاء - رضي الله عنه - لم يدركه لكن يؤيده حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - وإن كان تأخرت عن وفاته إلى ما بعد النبي ﷺ كما زعم الطحاوي - رحمه الله - يكون الحديث منفصلاً ، وإن كان من التابعين - رضي الله عنهم -

---

(١) أبو داود [٤٣٨٥] ، ابن ماجة [٢٥٨٤] .

(٢) قال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه يحيى بن عبد الحميد الحماني وهو ضعيف . مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٤) .

(٣) أبو داود [٤٣٨٧] .

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً ، وهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب ، وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها

على ما زعمه الشافعي - رحمه الله - يكون وغيره أيضًا متصلاً محالة ، وعد جماعة أيمن من الصحابة - رضي الله عنهم - منهم ابن إسحاق وابن سعيد وأبو القاسم البغوي وأبو نعيم وابن المنذر وابن نافع وابن عبد البر . ومما يؤيد مذهبنا مارواه النسائي من حديث عبد الله بن إدريس عن محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الأعلى - رحمه الله - عن محمد بن إسحاق- رحمه الله - قال ، قال رسول الله ﷺ : « **لا تقطع يد السارق في دون ثمن المجن** » . قال عبد الله كان ثمن المجن عشرة دراهم .

وأخرج أحمد - رحمه الله - في مسنده عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب به مرفوعًا: «**لا تقطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم**»، ورواه إسحاق بن راهويه - رحمه الله - في مسنده .

وروى ابن أبي شيبة - رحمه الله - في مصنفه حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو ابن شعيب عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي ﷺ قال : « **عمر ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه** » ، وكان ثمن المجن عشرة دراهم .

وروى الطبراني في «الأوسط» حدثنا محمد بن نوح بن حرب حدثنا خالد بن مهران حدثنا أبو قطيح البلخي عن أبي حنيفة - رحمه الله -عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله ابن مسعود - رضي الله عنه .

وعن النبي ﷺ قال : «**لا قطع إلا في عشرة دراهم**» (١) . وروى عبد الرزاق - رحمه الله - في مصنفه أخبرنا الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن قال : قال ابن مسعود - رضي الله عنه - **لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم** .

م :(**واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفًا**) ش: أي ينطلق على المكسورة في عرف الناس، غير المكسورة لا يسمى دراهم في العرف ، وتكلم العلماء في الدراهم ، بل يشترط عشرة دراهم مضروبة أم لا . ونقل المصنف لفظ القدوري - رحمه الله - بلفظ المضروبة كما ذكر عن قريب .

م :(**وهذا**) ش: أشار به إلى قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفًا م :(**يبين لك اشتراط المضروب ، كما قال في الكتاب**) ش: كما قال القدوري في مختصره م :(**وهو**) ش: أي الذي ذكره في الكتاب م :(**ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها**

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط وإسناده ضعيف مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٤).

أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل ، لأنه المتعارف في عامة البلاد .

أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع) ش: أي ظاهر الرواية هوالأصح ، احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن المضروب وغير المضروب سواء ، ذكره في «المحيط» .

وقال الأترازي: في نقل المصنف عن القدوري نظر ؛ لأن الشيخ أبا نصر ذكر ذلك في الشرح الكبير ، وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ، ولم يقيد المضروبة ، بل أثبت الرواية بقوله مضروبة أو غير مضروبة ثم قال : أما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة فهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، ثم قال وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - وابن سماعة عن محمد- رحمه الله - فيمن سرق عشرة دراهم تبراً لا يقع .

وقال في «التحفة» ذكر أبو الحسن الكرخي - رحمه الله- أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة ، وكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبراً لم تكن مضروبة .

وروى الحسن - رحمه الله -عن أبي حنيفة - رحمه الله -إذا سرق عشرة مما تروج بين الناس قطع ، فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجًا يقطع فيه . إلى هنا لفظ التحفة ، يعني اشتراط المضروبة في العشرة لأجل رعاية الكمال في الجناية . وقال الكاكي - رحمه الله - هذا دليل الأصح يعني في شروط العقوبات يراعى وجودها على صفة الكمال ، وبالتبر أنقص من المضروب قيمته ، ولهذا شرطنا الجودة، حتى لوسرق زيوفًا أو بنهرجة أو نستوقة لا يجب القطع .

ذكره في شرح الطحاوي ، لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر ، فأدرك شبهته ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، هذا نتيجة ما قبله ، وهو ظاهر .

والتبر هو القطع المأخوذ من المعدن .

م :(**والمعتبر)** ش: يعني في عشرة دراهم سبعة مثاقيل من الذهب م :(**وزن سبعة مثاقيل ، لأنه المتعارف في عامة البلاد)** ش: وزن الدراهم أربعة قراريط ، ووزن الدينار عشرون قيراطًا مائتا درهم وزن مائة وأربعين مثقالاً ، وزن كل مثقال درهم وثلاثة أسباع درهم .

وقد مر في كتاب الزكاة من هذا ؛ لأنه هو المتعارف في عامة البلاد ،وعلى هذا استقر الأمر في ديوان عمر - رضي الله عنه - ، فتعلق الأحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة وتقادير الديات .
وقال في شرح الطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة وعند القطع عند الكرخي - رحمه الله .

وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، ولا بد من حرز لا شبهة فيه ، لأن الشبهة دارئة ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال والعبد والحر في القطع سواء ، لأن النص لم يفصل ، ولأن التنصيف متعذر ، فيتكامل صيانة لأموال الناس ، ويجب القطع بإقراره مرة واحدة ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد- رحمه الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا يقطع إلا بإقراره مرتين، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين ، لأنه

م :(وقوله) ش: أي وقول القدوري : م :(**أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها**) ش: أي بالدراهم م :(**وإن كان ذهبًا**) ش: واصلاً بما قبله ، وإن كان ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ذهبًا . وفي «المحيط» لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم يقطع ، وما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم أو بالدينار» ، قال أو بالدينار المقوم بقيمة الشرع عشرة دراهم إلا الدينار المقوم بقيمة الوقت ، لأن القيمة باعتبار العرف مختلف ، قد يكون عشرة ، وقد يكون عشرين ، وقد يصير ثمانية دراهم . قلت : قيمة الدينار في زماننا هذا ثلاثمائة وثلاثون درهمًا ، وقد كان في الأول بعشرين درهمًا ، فلم يزل تبرًا إلى أن بلغ هذا المبلغ .

م :(**ولا بد من حرز لا شبهة فيه ، لأن الشبهة دارئة ، وسنبينه**) ش: أي رافعة للحد ، والحرز المكان الحرية ، وهو الذي يجوز فيه الشيء ، أي يحفظ ، والمراد بالمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعًا م :(**من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: سنبين الحرز في فصل الحرز إن شاء الله تعالى .

م :(**قال : والعبد والحر في القطع سواء ، لأن النص لم يفصل**) ش: ، قال الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة﴾ الآية ، فبعمومه يتناول الحر والعبد م :(**ولأن التنصيف متعذر**) ش: أي ينصف القطع الذي هو الحد مشهور م :(**فيتكامل صيانة لأموال الناس**) ش: أي فيتكامل الحد الذي هو القطع ، لأجل حفظ أموال الناس ، لأن في تركه لأجل تعذر التنصيف فساداً لا يخفى كما في القصاص م:(**ويجب القطع**) ش: أي قطع يد السارق م :(**بإقراره مرة واحدة**) ش: هذا لفظ القدوري .

م :(**وهذا**) ش: أي لإقراره مرة واحدة م :(**عند أبي حنيفة -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله-**) ش: وبه قال أكثر العلماء .

م :(**وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا يقطع إلا بإقراره مرتين**) ش: وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وزفر وابن شبرمة -رحمهم الله- و كذا الخلاف في شرب الخمر م :(**ويروى عنه**) ش: أي عن أبي يوسف -رحمه الله- م :(**أنهما**) ش: أي الإقرارين ينبغي أن يكونا م :(**في مجلسين مختلفين**) ش: كذا ذكر الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في شرح «الجامع الصغير» .

وذكر بشر -رحمه الله- رجوع أبي يوسف -رحمه الله- إلى قولهما م :(**لأنه**) ش: أي لأن

إحدى الجهتين ، فيعتبر بالأخرى ، وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا . ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به ، كما في القصاص وحد القذف ، ولا اعتبار بالشهادة ، لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ، ولا تفيد في الإقرار شيئاً، لأنه لا تهمة ، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال في السرقة لا يصح أصلاً ؛ لأن صاحب المال يكذبه ، واشتراط الزيادة في الزنا ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورد الشرع .

الإقرار م :(إحدى الجهتين) ش: وهما البينة والإقرار م :(فيعتبر) ش:أي الإقرار م :(بالأخرى) ش: أي بالحجة الأخرى م :(وهي البينة) ش:) فإن البينتان تثبتان م :(كذلك اعتبرنا في الزنا) ش: كما اعتبرنا الإقرار ها هنا بالبينة كذا بسنده في الزنا حيث شرطنا الإقرار فيه أربع مرات كما أن البينة فيه أربع ؛ ولأنه روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف فقال له : « ما أخالك سرقت» ، قال بلى ، فأعاده عليه مرتين أو ثلاثًا فقطع . فعلم بهذا أن الإقرار مرة واحدة لا يوجب القطع ، ويؤيد ما روى الطحاوي في «شرح الآثار» بإسناده إلى علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين، فقال قد شهدت على نفسك شهادتين ، فأمر به فقطع وعلقها في عنقه .

م :(ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - م :(أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة، فيكتفى به) ش: أي بالإقرار مرة واحدة م :(كما في القصاص وحد القذف) ش: وغيرهما ، فإن الإقرار فيها يكفي بمرة واحدة . م :(ولا اعتبار بالشهادة) ش: هذا جواب عن قياس أحد الحجتين بالأخرى ، وبيان العارف بيانه هو قوله م :(لأن الزيادة تفيد فيها) ش: أي في الشهادة م :(تقليل تهمة الكذب ، ولا تفيد في الإقرار شيئًا ، لأنه لا تهمة) ش: أي في الإقرار ؛ لأن الإقرار إن وقع صادقًا ، فلا يرد أو صدقًا بالثاني . وإن وقع كذبًا فلا يتغلب صدقًا بالتكرار وبالرجوع جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره واحتمال أن يثبت عليه فيؤكد على قبوله بالتكرار، فأجاب ، بقوله م :(وباب الرجوع) ش: أي عن الإقرار م :(في حق الحد لا ينسد بالتكرار) ش: لأنه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد ؛ لأنه يكذب له .

م :(والرجوع في حق المال في السرقة لا يصح أصلاً ؛ لأن صاحب المال يكذبه) ش: فلا يصح ، فظهر الفرق بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار في حق القطع ، ولأنه في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار . م :(واشتراط الزيادة في الزنا) ش: جواب عن قوله كذلك اعتبرنا في الزنا معنى اشتراط الزيادة في الزنا م :(بخلاف القياس) ش: وفي «المحيط» وفي«المبسوط» والقياس في الزنا أن يكتفى بالإقرار مرة واحدة فيه ، فاشتراط التكرار فيه على خلاف القياس بالنص م :(فيقتصر على مورد الشرع) ش: أي على مورد النص ، والنص الوارد في الزنا لا يكون وارداً في باب السرقة ، لأن في السرقة ورد نص آخر ، وهو أنه عليه الصلاة والسلام قطع سارقًا بالإقرار مرة واحدة . وأما

قال: ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق ، وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها

حديث المخزومي فلا يدل على اشتراط مرتين ، بل دل أنه عليه الصلاة والسلام احتاط في درئه وعلى حثه على الرجوع ، وهو مستحب ، أو على جواز تلقين الرجوع . وكذا حديث علي - رضي الله عنه- بدليل قوله : شهدت على نفسك مرتين . وكذا قال الكاكي : -رحمه الله - . وقال الأترازي : -رحمه الله- والذي روي عن علي-رضي الله عنه- من التكرار أمرًا اتفاقي لا قصدي ، وفيه تأمل .

م :(**قال**) ش: أي القدوري : م :(**ويجب**) ش: أي القطع م :(**بشهادة شاهدين لتحقق الظهور**) ش: أي ظهور السرقة بالشهادة م :(**كما في سائر الحقوق**) ش: ولا خلاف فيه لأهل العلم كما في القصاص م :(**وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة**) ش: بأن يقال كيف سرق ، فالاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده أو أخذ المتاع فذهب حيث لا ينقطع على ظاهر الرواية ، خلافًا بما روي عن أبي يوسف - رحمه الله -في «الأمالي ».

وكذا إذا قال صاحبًا له على الباب لا يقطع واحد منهما ، لأنه في الأول مختلس لا هاتك الحرز ، لأن هتك الحرز في البينة لا يكون إلا بالدخول ، بخلاف صندوق الصيرفي ، وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما ، بخلاف ما إذا رمى الثوب من البيت إلى الطريق ، ثم أخذ فخرج فأخذ حيث يقطع ، لأن الفعل الموجب للقطع ، ثم به وجدة .

م :(**وماهيتها**) ش: أي يسأل عن ماهية السرقة بأن يعود ما هي لاحتمال أن المسروق شيء نافذ ، أو ما يتسارع إليه الفساد ، أو مال ذي رحم محرم منه ، أو مال فيه شركة للسارق ، أو مال أحد الزوجين ، أو دراهم المديون أخذهما السرقة بقدر حقه ، أو أقل من قدر النصاب . ويحتمل أن الشاهدين نسباه إلى السرقة لاستراق الكلام ، كما قال الله تعالى ﴿ **إلا من استرق السمع** ﴾ (الحجر : الآية ١٨) ، أو لأنه لا يعتمد في الركوع والسجود . وقد ورد في الحديث أن أسوأ الناس سرق من صلاته فلا بد إذن من السؤال عنها .

م :(**وزمانها**) ش: أي ويسأل عن زمان السرقة بأن يقال : متى سرق لاحتمال التقادم ، لأن التقادم في الحدود الخالصة حقًا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة ، بخلاف الإقرار . لعدم التهمة . وقال الكاكي - رحمه الله - : هذا إذا ثبتت السرقة بالبينة ، أما إذا ظهرت السرقة بالإقرار لا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان ، لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الإقرار ذكره في «المبسوط» و«المحيط» .

فإن قيل : ينبغي أن يكون التقادم غير مانع ها هنا ، لما أن الشاهد في التأخير غير متهم ، إذ لا يقبل شهادة بدون دعوى المالك ، كما في حد القذف لشرطية الدعوى . قلنا قد تقدم جوابه في

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود . ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة . قال : وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصابه أقل لا يقطع، لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب في حقه .

باب الزنا ، ذكره في« الإيضاح».

م :(**ومكانها**) ش: أي ويسأل عن مكان السرقة لاحتمال أنه سرق في دار الحرب ، أو سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحسانًا ؛ لأن حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة . أو سرق من غير الحرز ، أو من بيت أذن له بالدخول فيه ، ومن حمار أو نهار أو بالليل يقطع ؛ لأنه لا يؤذن بالدخول في الليل ، ذكره في شرح الطحاوي .

م :(**لزيادة الاحتياط**) ش: في السؤال عن مكان السرقة م :(**كما مر في الحدود ، ويحبسه**) ش: أي كما مر ، مثل هذه الإشارة في كتاب الحدود ، وتجب بالنصب عطفًا على قوله أن يسألهما أو يحبس ليحى الإمام السارق م :(**إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة**) ش: أي لأجل تهمة السارق ، لأنه صار حيًا منهما بالسرقة فيحبسه تعزيراً عليه ، وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة .

وقد مر ذلك في كتاب الحدود ، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ، لأن التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز ، لعدم التلاقي إذا وقع الغلط ، فتعين الحبس لئلا يفوت الحق بالهرب .

م :(**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م :(**وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصابه أقل**) ش: أي أقل من نصاب السرقة م :(**لا يقطع**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله -والثوري وابن الماجشون المالكي . ونقل عن ابن الماجشون - رحمه الله - يقطعون بكل حال . وقال مالك وأحمد وأبو ثور - رحمهم الله - يقطع الكل ، لأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فيه الواحد والجماعة كالقصاص . قلنا : كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد ، بخلاف القصاص . فإن فعل كل واحد جناية موجبة القصاص ، لأن خروج كل واحد صالح لخروج الزوج .

م :(**لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب في حقه**) ش: أي في حق كل واحد منهم ، وهذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن بين الجماعة صبي أو مجنون أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال . وإذا كان واحد منهم في الجماعة لا قطع .

وعند أبي يوسف - رحمه الله -أن ولي الصبي أو المجنون إخراج المطاع ، فلا يقطع ، وإذا ولي غيرهما قطع لقول الوالي ، والله أعلم .

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة . والأصل فيه حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه : أي الحقير، وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصور غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه

م :(**باب ما يقطع فيه وما لا يقطع**)

ش: أي هذا باب في بيان ما يقطع فيه السارق ، وفي بيان مالا يقطع فيه . ولما ذكر تفسير السرقة وشروطها ، شرع في تعداد الشروع الذي يوجب القطع، والذي لا يوجب .

م :(**ولا يقطع فيما يوجد**) ش: بأنها بالتاء المثناة من فوق وبالفاء - أي خصيرا سيروا - م : (**تافهًا مباحًا**) ش: وهوما يخير فيه العاقل بين التحصيل والترك في دار الإسلام ، قيد به لأن الأموال كلها على الإباحة م :(**في دار الإسلام كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة**) ش: بالفتحات وهو الطين الأحمر ، ويجوز تسكين عينها، والعامة ويقولون بضم الميم وسكون العين والنون والواو لا بالهمزة ، وهي معروفة .

م :(**والأصل فيه**) ش: أي في عدم القطع في الناقة ومايوجد مباحًا في دار الإسلام م : (**حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه**) ش: هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة - - رضي الله عنها- قالت : لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه .

وزاد في مسنده ولم يقطع في أي من ثمن مجن أو ترس ، انتهى . ورواه مرسلاً أيضًا . م : (**أي الحقير**) ش: تفسير من المصنف - رحمه الله - وليس من الحديث م :(**وما يوجد جنسه**) ش: أي الذي يوجد جنسه ، وهو في محل الرفع على الابتداء ، وخبره قوله حقيراً، أي ما يوجد جنسه حال كونه م :(**مباحًا في الأصل بصورة**) ش: احترز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الجث والحصر البغدادية ، فإن فيها القطع لتغيرها بتباعد الصورة الأصلية بالصفة المتفق عليها م : (**غير مرغوب فيه**) ش: غير منصوب على أنه صفة لقوله مباحًا ، واحترز به عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيهما ، فانتفت الحقارة عنهما ، وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر .

م : (**حقير**) ش: قد ذكرنا أنه خبر المبتدأ م : (**تقل الرغبات فيه**) ش: جملة استئنافية ولا تضر به ، أي لا تبخلوا به ، والطنابة بالشيء البخل به ، ويجوز فتح الطاء وكسرها فيه فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك وكتابه ، فلما وطالما موصولة نقله الطرزي عن ابن الحر ، ولكن

ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ، ولأن الحرز فيها ناقص. ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز .

ابن درستويه لم يجز أن يوصل شيء من الأفعال بما سوى نعم وبئس ، هذا إذا كانت كافة ، وإذا كانت مصدرية فليس إلا الفصل .

قوله على كره بالفتح والضم لغتان ، يعني كالمخطف والمضعف. وحاصل المعنى أي قليل الخاف المستقنة بالمالك إذا أخذ ما يؤخذ أخذ جنسه مباحًا في الأصل لصورته غير مرغوب فيه ، لأن الظن النصة بالأشياء الحقيرة من غاية دناء الهمة وخسة النفس ، كما إذا كان كذلك فلا حاجة إلى الشرع أخبر فأخذها حقيقة لوجود الرضى من المالك غالبًا .

فإن قيل : ما فائدة هذه التأكيدات ويكتفى بقوله غير مرغوب فيها .

أجيب بأن : مثل هذه التأكيدات جاءت في كتاب الله تعالى .

مع أنه متعال عن الشهرة والغلط ، كما في قوله تعالى : ﴿ **فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٢) ، فأولى أن يجيء في كلام الزاهدي هومظنة السهو ، ولإزاحة ما يوهم السامع من وقوع السهو ، كذا في« النهاية». وقال الكاكي : ويمكن أن يقال في هذه التأكيدات إشارة إلى نفي أوصاف يوجب عدم القطع في الذهب والفضة ، فإن كل وصف من هذه الأوصاف يوجب عدم القطع ، فصارت كلها منفية في الذهب والفضة .

م :(**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم الحاجة إلى الزاجر في سرقة ما يوجب جنسه مباحًا في الأصل م :(**لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب**) ش: لاشتراكهما في المعنى الموجب لنفي القطع م :(**ولأن الحرز فيها**) ش: أي في الأشياء المذكورة وهي الخشب والقصب إلى آخر ماذكره م : (**ناقص**) ش: وأوضح نقصان الحرز فيها بقوله م :(**ألا ترى**) ش: بقولهم :(**أن الخشب يلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز**) ش: أما الساج والأبنوس فإنه يقطع فيهما ؛ لأن العادة جارية بإحرازهما ، وكذلك يقطع في الخشب المعمول ، لأنه وجدت فيه صفة هي نزلى قيمة على قيمة الأصل .

وعن أبي يوسف في «نوادر هشام» أنه قال : أنا أقطع من كل شيء سرق إلا في الشراب والسرقين. قال في شرح الأقطع ، وهو قول الشافعي . وزعم أصحابه أي في الماء والتراب وجهين .

وروي عن أبي يوسف في الهاروني قال أقطع من كل شيء إلا في الخشب . في الإملاء قال أبو يوسف : أقطع في كل شيء إلا في الماء والتراب والطين والجص والعارف والنبيذ ، ومن جملة الأشياء التي ذكرها المصنف التي لا قطع فيها الزرنيخ . قال الأترازي : ينبغي أن يجب

والطير يطير ، والصيد يفر ، وكذلك الشركة العامة التي كانت فيه ، وهو على تلك الصفة تورث الشبهة ، والحدود تندرىء بها . ويدخل في السمك المالح والطري ، وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا .

القطع في الزرنيخ ؛ لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال . قلت: على ما ذكره ينبغي أن يقطع في المعدة ، لأنها تحرز عند العطارين وتباع بالأرطال . وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور: يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرقين .

وروى هشام عن محمد : إذا سرق الذهب أو الفضة أو اللؤلؤ والجوهر على الصورة التي يوجد مباحة ، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع في ظاهر المذهب ، لا يقطع لأنه ليس سرقة حقًا . وكل من يتمكن من أخذه لا يتركه ويتم إحرازه عادة .

م : (**والطير يطير والصيد يفر**) ش: وهو معطوف على قوله الخشب تلقى على الأبواب . وأراد به الطير المذكور في أول الباب وكذلك الصيد ، فإذا كان الأمر فيهما كما ذكر تقل الرغبة فيهما، فلا يشرع الزاجر في مثلها.

م : (**وكذلك الشركة العامة التي كانت فيه**) ش: أي في الصيد ، يعني مباحًا للعامة ، لقوله عليه الصلاة السلام : الصيد لمن أخذ ، فكان كمال بيت المال والمغانة والحشو والخبث فلا قطع فيها .

كذا أقره الكاكي وقال : إلا الشركة العامة التي كانت فيه أي فيما يوجد جنسه مباحًا م : (**وهو على تلك الصفة**) ش: أي والحال أنه على تلك الصفة التي كان عليها ، وهي مشتركة يحترز فيها على الأبواب والأواني المتخذة والخشب كما ذكره م : (**تورث الشبهة**) ش: خبر قوله : وهو على تلك الصفة ، أي تورث شبهة الإباحة م :(**والحدود تندرئ بها**) ش: أي بالشبهة .

م : (**ويدخل في السمك المالح والطري**) ش: أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ سمك طرية ويابسة وهو المالح والمقدر نص على ذلك الكرخي ، وقال ابن زاهر : يقال سمك ملح وملح ، ولا تلتفتن إلى قوله - الزاجر يطعم المالح والطري - فإنه مولد لا يؤخذ بقوله .

م :(**وفي الطير الدجاج**) ش: أي ويدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير والدجاج م :(**والبط والحمام لما ذكرنا**) ش: أشار به إلى قوله والطير يطير ، والصيد يفر ، يعني الطيران والفرار دليل على نقصان الحرز ، فلم يقطع لهذا .

قال في «الجامع الصغير» : رجل سرق طيراً يساوي عشرة دراهم لا يقطع ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» : اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : أراد به الطائر الذي يكون طيراً سوى الدجاج والبط ، فيجب فيهما القطع ، لأنه بمعنى الأهلي ، وقال بعضهم : لا يجب

ولإطلاق قوله عليه السلام : لا قطع في الطير . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجة عليهما ما ذكرناه . قال ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة ؛ لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ،

القطع في جميع الطيور ، وهذا القول أصح .

وذكر في كتاب : ولو سرق شيئًا من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب القطع .

م :(**ولإطلاق قوله عليه السلام : لا قطع في الطير**) ش: هذا غريب مرفوعًا. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق موقوفًا على عثمان ، فإنه قال : لا قطع في الطير . وأخرج البيهقي عن أبي ذر أنه المرسلة ، قال : ليس على سارق الحمام قطع .

قال البريقي : أراد الحمام في غير حرز ، وقال الشيخ علاء الدين التركماني ظنه الحمام بالتخفيف وإنما هو الحمام بالتشديد ، ويعرب عليه ابن أبي شيبة في مصنفه باب الرجل يدخل الحمام فيسرق ، حدثنا يزيد بن الخباب أخبرني معاوية بن صالح حدثني أبو زياد عن علي عن جرين عن أبي الدرداء أنه سئل عن سارق الحمام ، فقال : لا قطع عليه .

م :(**وعن أبي يوسف -رحمه الله - : أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجة عليهما ما ذكرناه**) ش: أي على أبي يوسف والشافعي ما ذكرناه من حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها .

م :(**قال**) ش: أي القدوري : م :(**ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة**) ش: وعن أبي يوسف أن عليه القطع ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، والفواكه الرطبة كالبطيخ والفواكه على الشجر ، والزرع الذي لم يحصد.

واحتجوا بما روي في «شرح الآثار» أن رسول الله ﷺ حدث عن التمر المعلق ، فقال : لاقطع فيه إلا ما أواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع ، وما يبلغ ثمن المجن نفسه غرامة مثله وجلدات تكال .

وحجة أبي حنيفة ومحمد ما ذكره بقوله م :(**لقوله عليه السلام: لا قطع في تمر ولا كثر**) ش: هذا أخرجه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن ابن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حسان عن محمد بن واسع بن حبان أن غلامًا سرق وولى من حائط فرفع إلى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي ﷺ: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**»[1] ،

---

(١) الترمذي [١٤٨٩] ، النسائي [٤٥٩٥] ، ابن ماجة [٢٥٩٣].

والكثر: الجمار ، وقيل الودي. وقال عليه الصلاة والسلام : لا قطع في الطعام والمراد به والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر ، لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً . وقال الشافعي: -رحمه الله- يقطع فيها

ورواه ابن حبان في صحيحه .

قوله : ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثلثة ، قال أبو عبيد : الكثر جار النحل في كلام الأنصار وهو الجذب أيضًا .

وقال ابن داير : أهل العراق يسمون الجمار الجذب . وأشار المصنف إلى تفسير أبي عبيد بقوله : م :(**والكثر : الجمار**) ش: بضم الجيم وتشديد الميم ، وفي آخره راء .

وقال الجوهري : الجمار شحم النحل م :(**وقيل الودي**) ش: بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء وهو السيل ، وهو صغار النحل .

وقال الأترازي : تفسير الجمار بالودى لم يثبت في قوانين اللغة م :(**وقال عليه الصلاة والسلام: لا قطع في الطعام**) ش: هذا غريب بهذا اللفظ . وأخرج أبو داود في المراسيل(١) عن جرير ابن حازم عن الحسن البصري - رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: « **لا قطع إلا في الطعام**». وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن أشعث بن عبد الملك وعمر وعن الحسن أن النبي ﷺ أتى برجل سرق طعامًا فلم يقطعه ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن رجل عن الحسن ، فذكره وزاد قال سفيان : هو الطعام الذي يفسد من نهاره كالثريد واللحم .

م :(**والمراد به -والله أعلم- ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه**) ش: أي المراد من الطعام المذكور في الحديث المذكور المهيأ ، أي المجهز للأكل كالخبز واللحم ذكره في الإيضاح م :(**وما في معناه**) ش: أي عبر ما بمعنى ما يهيأ للأكل م :(**كاللحم والتمر**) ش: لف ونشر ، لأن قوله كاللحم نظير قوله كالمهيأ للأكل .

وقوله والتمر نظير ما في معناه م :(**لأنه**) ش: أي لأن السارق م :(**يقطع في الحنطة والسكر إجماعًا**) ش: لأنهما لا يسارع إليهما الفساد .

هذا إذا لم يكن العام عام مجاعة وتحطاما إذا كان فلا قطع ، سواء كان مما يسارع إليه الفساد أو لا ، وعن عمر - رضي الله عنه - : لا قطع في عام سنة ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا قطع في مجاعة مضطر**» .

م :(**وقال الشافعي - رحمه الله - يقطع فيها**) ش: أي فيما ذكر من اللبن واللحم والفواكه

---

(١) «المراسيل» لأبي داود [٢١٥].

لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر ، فإذا أواه الجرين أو الجران قطع . قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع . قال : ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد ؛ لعدم الإحراز ، ولا قطع في الأشربة المطربة ؛

الرطبة والطعام م :(لقوله: - **عليه الصلاة و السلام-« لا قطع في ثمر ولا كثر فإذا أواه الجرين أو الجران قطع»)**[1] ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ .

وروى مالك في «الموطأ» قال أبومصعب : أخبرنا مالك عن عبد الله بن عبدالرحمن بن أبي حسين المكي أن رسول الله ﷺ قال : «لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة حبل ، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن» . قوله حريسة حبل، قال ابن الأثير : ليس فيما بالحبل إذا سرق قطع ؛ لأنه يحرز ، والحريسة فعيلة به بمعنى مفعولة ، أي أن لها من يحرسها ويحفظها .

والمراح - بضم الميم- الذي فيه براح النعم . والجرين -بفتح الجيم - هو الذي تسميه أهل العراق النذر ، وأهل الشام الأنذر ، وأهل البصرة الخرجان . وقد يقال له أيضًا بالحجاز : المريد .

وقال في «المغرب» : الجرين المريد ، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف، وجمعه جرن وجران البعير يقدم عنقه من مذبحه إلى منحره ، والجمع جرن ، فجاز أن يسمى به الجران متخذ منه .

م :(**قلنا أخرجه**) ش: أي أخرجه النبي ﷺ : م :(**على وفاق العادة**) ش: لأنهم كانوا لا يصنعون في البحرين إلا اليابس ، فيصرف اللفظ إلى اليابس ، وهومعنى قوله : م :(**والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر ، وفيه القطع**) ش: أي وفي اليابس من الثمر في الرواية المشهورة .

م :(**قال**) ش: أي القدوري م :(**ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد ، لعدم الإحراز**) ش: لأن شرط القطع هتك الحرز ، ولم يوجد الحرز م :(**ولا قطع في الأشربة المطربة)** ش: أي المسكرة بلا خلاف ، أما عند الأئمة الثلاثة ، فلأنه كالخمر عندهم ، وعندنا إن كان الشرب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد .

وإن كان مراً فإن كان خمراً فلا قيمة لها . وإن كان غيرها فللعلماء في تقومها خلاف فلم يكن فيما ورد به النص ، لأن ذا مال متقوم بالإجماع ، لأن لكل أحد تأويل أخذه للإراقة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وصرح الطرب في «الإيضاح» والتمرتاشي المرأة بالمطربة المسكرة . وفي «الصحاح » الطرب

---

(١) أخرجه بمعناه : أبو داود [٤٣٩٠] ، ابن ماجة [٢٥٩٦] ، النسائي [٤٥٩٣] .

لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، لأن بعضها ليس بمال ، وفي مالية بعضها اختلاف ، فتحقق شبهة عدم المالية . ولا في الطنبور ؛ لأنه من المعازف ، ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية. وقال الشافعي -رحمه الله-: يقطع ، لأنه مال متقوم لأنه يباع ويشترى . وعن أبي يوسف- رحمه الله- مثله . وعنه أيضًا أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها .

خفة تصيب الإنسان لشدة حرارته . وقال في «الأصول» السكر بغلبة سرور فالتصافي معنى السرور، فاستعير ما للأطراب للأسكار ، وقيد الأشربة بالمسكرة لأنه يقطع في المحل ، لأنه لا تسارع إليه الفساد ، وذكره في الإيضاح .

م :(**لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، لأن بعضها ليس بمال**) ش: كالخمر م :(**وفي مالية بعضها اختلاف**) ش: كالمنصف والبازق ، وأما الذرة والشعير فإن كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ، ولا مالية له م :(**فتحقق شبهة عدم المالية**) ش: لأن الاختلاف في إباحته يورث شبهة في عدم المالية .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح «الجامع الصغير» في باب الأشربة : ما يتخذ من الحنطة والشعير والعدس والذرة حلال في قول أبي حنيفة ، حتى أن الحد لا يجب فيه وإن سكر في قوله . وروي عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالمسكر . وقال في سرقة الأصل لا يقطع في الخل ؛ لأن الخل قد صار خمراً قوة . وفي نوادر أبي يوسف برواية علي بن الجعد لا قطع في الأشربة والجلاب .

م :(**ولا في الطنبور**) ش: أي ولا قطع في الطنبور وما أشبهه من الملاهي بلا خلاف للأئمة م: (**لأنه من المعازف**) ش: أي لأن الطنبور من المعازف ، وهو جمع معزف ، وهو آلة اللهو .

وفي «الجمهرة» : المعازف الملاهي . وقال قوم من أهل اللغة : هو اسم يجمع العود والطنبور وأشباههما .

وقال آخرون : بل المعازف التي استخرجها أهل اليمن م :(**ولا في سرقة المصحف**) ش: أي ولا قطع أيضًا في سرقة المصحف م :(**وإن كان عليه حلية**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله .

م :(**وقال الشافعي - رحمه الله -: يقطع لأنه**) ش: أي لأن المصحف م :(**مال متقوم لأنه يباع ويشترى**) ش: وهو معنى قوله حتى يجوز بيعه م :(**وعن أبي يوسف - رحمه الله -مثله**) ش: أي وروي عن أبي يوسف مثل قول الشافعي م :(**وعنه أيضًا**) ش: أي وروي عن أبي يوسف أيضًا م : (**أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابًا**) ش: أي عشرة دراهم م :(**لأنها**) ش: أى لأن الحلية م :(**ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها**) ش: أى وحدها بدون المصحف .

وجه الظاهر أن الآخذ يتـأول في أخذه القراءة والنظر فيـه . ولأنه لا مالية له على اعتـبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحليـة ، وإنما هي توابع ، ولامعتـبر بالتوابع كمن سـرق آنية فيهـا خمر ، وقيمة الآنيـة تربو على النصاب ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحـراز ، فصار كباب الدار بل هو أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيهـا ، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه ، حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه ،

م :(**وجه الظاهر**) ش: الرواية وهو عـدم القطع م :(**أن الآخـذ**) ش: أى أخذ المصحف م : (**يتأول في أخذه القـراءة والنظر فيه**) ش: وبه قال أحـمد في رواية : أن أخذه بتأويل القراءة والنظر فيه لإزاحة إشكال وقع والقطع لا يجب بالشبهة .

م :(**ولأنه**) ش: أى ولأن المصحف م :(**لا مالية له على اعتبار المكتوب**) ش: لأن معنى المالية فيه تبع لا مقصود م :(**وإحرازه**) ش: أى إحراز المصحف م :(**لأجله**) ش: أى ولأجل المكتوب م: (**لا للجلد والأوراق**) ش: إذ ليس إحرازه لأجل الجلد والأوراق .

م :(**والحلية**) ش: أى ولا الحلية م :(**وإنما هي**) ش: أى الجلد والأوراق والحلية م :(**توابع**) ش: للمكتوب .

م :(**ولا معتـبر بالتوابع كمن سـرق آنية فيهـا خمر ، وقيمـة الآنية تربو**) ش: ، أي تزيد م :(**على النصاب**) ش: أي على عـشرة دراهم ؛ لأن المقـصود مـا فيهـا الآنية ، وبه قـال بعض أصـحاب الشافعي ، وهو رواة المختلف على المختلف ، وكذا لو سرق ثوبًا خلقًا لا يساوى نصاب السرقة ، فوجد فيه عشرة دراهم، ولـم يعلم السـارق بها لا قطع عليه ، لأن ما هو المقصود ليس بنصاب وإن علم قطع . وعن أبي يوسف يقطع في الحالين.

فإن قلت : يجب القطع في الأوراق قبل الكتابة ، فبعدها أولى ، لأنهـا زادت بهـا . **قلت:** الفرق بين الحالين ظاهر ، لأن الأوراق هو المقصود قبل الكتابة ،وبعدها صارت تابعة لما فيها ،وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب فيها القطع ،فإذا سرق كلبًا عليه القلادة لا يقطع ، لأنها صارت تبعًا للكلب .

م :(**ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار**) ش: أى فصار حكم سارق باب المسـجد في عدم القطع كـحكم سارق بـاب الدار، بل أولى أى م :(**بـل هو أولـى**) ش: من سارق باب المسجد م :(**لأنه يحرز ببـاب الدار ما فيـها**) ش: أى مـا في الدار م :(**ولا يحرز بـباب المسجد ما فيه**) ش: أى ما في المسجد م :(**حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه**) ش: أى متاع المسجد.

وقـال الكاكي : قـوله فصار كباب الدار والمختلف على المختلف بل الأوجه تعليل الثاني ، وهو أنه لا ملك له في باب المسجد . والتعليل العام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة عادة ، لأنه

قال : ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد ، لأنه يتأول من أخذها الكسر نهياً عن المنكر ، بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال ، لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر . وعن أبي يوسف : أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ،

يحرز به ، فلا يكون هو محرزاً عادة .

وقال الشافعي وابن القاسم والمالكي وأبو ثور وابن المنذر : يقطع سارق باب المسجد؛ لأنه سرق نصابًا محرزاً بحرز مثله ، وكذا سارق باب الدار ،وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا لعدم الإحراز .

وقال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» فإن أعاد هذا الفعل ، أى سرقة أبواب المسجد حد ، فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب ، ولا يقطع في أستار الكعبة ، وبه قال أحمد.

وعند الشافعي وأحمد هو الأصح ؛ لأنه لا يقطع ؛ لأنه ليس له ملك معين ، فأشبه مال بيت المال ، كذا في شرح «الوجيز».

م :(**قال**) ش: أى القدوري : م :(**ولا الصليب**) ش: أي ولا يقطع في سرقة الصليب م : (**من الذهب**) ش: وكذا من الفضة ،والصليب عود مثلث معبدة النصارى ، ويعمل من فضة وذهب وسائر المعدنيات .

م :(**ولا الشطرنج**) ش: أى ولا يقطع أيضًا في سرقةالشطرنج بكسرالشين على وزن لوطنت م: (**ولا النرد**) ش: أى ولا يقطع أيضًا في سرقة النرد - بفتح النون والراء وبالدال المهملة- وهو اسم أعجمي معرف بين الغامرين ، ولا قطع فيه عندنا . ولو كان من ذهب، وبه قال أحمد والشافعي يقطع ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد.

م :(**لأنه**) ش: أى لأن السارق م :(**يتأول من أخذها**) ش: أى من أخذ هذه الأشياء م : (**الكسر**) ش: يعني يقول أخذتها لأكسر م :(**نهيًا عن المنكر**) ش: أى لأجل النهي عن المنكر م : (**بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال**) ش: أي الصورة م : (**لأنه**) ش: أى لأن مثل هذا م :(**ما أعد للعبادة**) ش: ولا للهو فيجب القطع م : (**فلا تثبت شبهة إباحة الكسر**) ش: يعني التأويل فيه بأنه أخذه للكسر لا يقيد، ولا يرد القطع.

م :(**وعن أبي يوسف أنه**) ش: أى إن كان السارق م :(**إن كان الصليب في المصلى**) ش: أى في مصلاهم ، أى في موضع صلاة النصارى ، وبه صرح في« المحيط» م : (**لا يقطع لعدم الحرز**) ش: لأنه يثبت مأذون في دخوله م : (**وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز**) ش: وقال

ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي ، لأن الحر ليس بمال ، وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخـذ الصبي إسكاته لو حمله إلى موضـعه . وقال أبو يوسف : فيـقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب ،لأنه يـجب القطع بسرقته وحده ، فكذا مع غـيره . وعلى هذا إذا سرق إناء من فضة أو ذهب فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ، ولا قطع في سرقة العبـد الكبير ، لأنه غصب أو خداع ، ويقطع في سرقـة العبد الصغير لتحـققها بحدها

الأترازى : وإن كان في يد رجل منهم محرزاً عنده قطع له .

م :(**ولا قطع على سارق الصـبي الحر وإن كـان عليه حلي**) ش: أى ثياب نفيسة م :(**لأن الحر ليس بمال ومـا عليـه من الحلي تبع له**) ش: وبه قال الشافعي وأحـمد وأبو ثور والثورى وابن المنذر وقال الحسن ومالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير ؛ لأنه غير مميز ، فأشبه العبد ، وهو قول أبي يوسف إذا كان عليه حلي قدر نصاب على ما يأتي م :(**ولأنه**) ش: ولأن السارق م :(**يتأول في أخذ الصبي إسكاته**) ش: بأن رآه وهو سكنى م :(**لو حمله إلى موضعه**) ش: ليلاً يضيع .

م :(**وقال أبو يوسف يقطع إذا كـان عليه حلي هو نصاب ؛ لأنه يجب القطع بسرقـته وحده**) ش: أى بسرقـة الحلي الذي هو نصـاب ،والحلي بفـتح الحـاء وكسـر اللام على وزن ظبي ، وهو كل ماليس من ذهب أو فضة أو جوهر رجعه حلي بضم الحـاء وكسر اللام وتشديد الياء . ويجوز كسر الحاء أيضًا ، وجمع الحلية عليه بكسر الحـاء وبالقصر ، وروى ضم الحـاء أيضًا وليس بقياس م :(**فكذا مع غيره**) ش: أى فكذا يقطع إذا كان الحلي مع غيره وهو الصبي .

م :(**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الخلاف م :(**إذا سرق إناء من فضة أو ذهب فيه نبيذ**) ش: أو خمر م :(**أو ثريد**) ش: بالثاء المثلثة ، فعند أبي يوسف يقطع إذا بلغ نصابًا ، وبه قـال الشافعي ومـالك وأحـمـد . وعند أبي حنيفـة ومـحـمـد لا يقطع ؛ لأن الإناء تبع المظروف وهو المقصـود بالأخـذ، فـإذا لـم يجب القطع فيـمـا هو الأصل أحل الأقل ، فكيف يجب فيـمـا هو التـبع م : (**والخلاف**) ش: المذكور م :(**في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون**) ش: أي الصبي م : (**في يد نفسه**) ش: حتى لو كان يتكلم ويمشي ويعبر لا يقطع سارقه إجماعًا ؛ لأنه في يد نفسه، ويكون يداً على نفسـه وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعًا ، كـذا في «المحيط». م :(**ولا قطع في سرقة العبد الكبير؛ لأنه غصب أو خداع**) ش: أي بطريق المخادعة بأن قال له : أعمل معك كذا وكذا فانخدع كذلك م :(**ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها**) ش: أي لتحقق السرقة م :(**بحدها**) ش: أي بحد السرقة . وقال ابن المنذر : أجمع على هذا أهل العلم إذا لم يعبر عن نفسه ولا يميز لاقطع فيهـا بالإجماع إلا أن يكون نائمًا أو مجنوناً أو أعجميًا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة ، فحينئذ قطع .

إلا إذا كان يعبـر عن نفسه ، لأنه هو والبالغ فيـه سواء في اعتبار يده . وقـال أبو يوسف - رحمه الله- : لا يقطع وإن كـان صغـيراً لا يعـقل ولا يتكلم استـحسـاناً ، لأنه آدمي من وجه ومـال من وجه. ولهـما أنه مال مطلق لكونه منتـفعاً به أو بعـوض يصير منتـفعاً به ، إلا أنه انضم إليـه معنى الآدمية ، لكن انـضم إليه ولا قطع في الدفاتر كلها ، لأن المقـصود ما فيهـا ، وذلك ما ليس بمال ، إلا في دفاتر الحساب ، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ ،

وللشافعي في أم الولد النائمة وجهان ، وعنده لا قطع في الآدمي الذي يفعل ، سواء كان نائمًا أو مجنونًا أو أعجميًا وإن كان يقظان ، ولا يأخذه إلا متعاليًا أو مخادعًا ، وذا ليس بسرقة م: (إلا إذا كان) ش: أي الصغيرم :(يعبر عن نفسه ؛ لأنه هو والبالغ فيه سواء في اعتبار يده) ش: على دافعه.

م :(وقال أبو يوسف- رحمه اللـه -: لا يقطع إذا كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحسانًا ؛ لأنه آدمي من وجـه ومال من وجـه) ش: فكونـه آدميًـا ظاهراً ، وكـونه مـال من وجـه من حيث إنه يبـاع ويشترى ويوهب فأورث شبهة دارئة للحد.

م :(ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م :(أنه) ش: أي أن العبد الصغير م :(مال مطلق) ش: من حيث إنه لا يقظان فيه م :(لكونه منتفعًا به) ش: في الحال م :(أو بعوض يصير مـنتفعًا به) ش: في المستقبل إن كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال .

والعرض بمعنى العارض ، يقال: عرض له عرض أي أصابه عارض من مرض أو نحو ذلك م :(إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) ش: أي غير أنه ، أي أن العبد الصغير مال م :(لكن انضم إليه) ش: أي إلى كونه مالاً معنى الآدمية ، فلم يوجب ذلك نقصًا في المالية ، فلم يورث شبهة م :(ولا قطع في الدفـاتر كلهـا) ش: أراد بالدفـاتر الصـحـائف ، وهو جمع دفتـر ، قـاله الأترازي. وقـال الأكمل : يعني سواء كان فيها علم الشريعة أو الأدب أو الشعر.

م :(لأن المقـصـود فـيهـا ، وذلك مـا ليس بمال) ش: أما كتب الفقه والحديث والتفـسير فكالمصحف وقد بينا وجهه.

وأما كتب الشعروالأدب فاختلف المشايخ فيها فقيل ألحقه بدفاتر الحساب .

وقيل : يلحقه بالفقه والتفسير والحديث ، لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والحاجة .

وإن قلت: كيـف لا ترد الشبـهة الإباحة ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ،وعند الشـافعي ومالك وأحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كان فيهاعلوم الشريعة أو غيرها.

م :(إلا في دفاتر الحساب) ش: وهي دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها إذا بلغ نصابًا م :(لأن ما فيها) ش: أي في دفاتر الحساب م :(لا يقصد بالأخذ) ش: إذ لا يتعلق به إلا مصلحة شخص

فكان المقصود هو الكواغد . قال: ولا في سرقة كلب ولا فهد ، لأن من جنسهما ما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار ، لأن عندهما لا قيمة لهما . وعند أبي حنيفة - رحمه الله- آخذها يتأول الكسر فيها . ويقطع في الساج

معين م: (**فكان المقصود هو الكواغد**) ش: وهي الأوراق ، فيجب القطع لأنها مال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : في مختصره م: (**ولا في سرقة كلب ولا فهد**) ش: أي ولا قطع في سرقتهما ولا خلاف فيه إلا لأشهب المالكي ، فإنه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه ، فأما المأذون في اتخاذه فكلب الصيد والماشية فيقطع سارقه م: (**لأن من جنسهما**) ش: كان ينبغي أن يقال من جنسها بضمير التثنية وهو الأصح .

م: (**ما يوجد مباح الأصل**) ش: أراد أن حبس ذلك يؤخذ مباحًا ما فيها دار الإسلام ، ولا قطع في التافه م: (**غير مرغوب فيه**) ش: منصب على الحال . والدليل على أنه غير مرغوب فيه أن من يجده يتركه وإن كان قادراً على أخذه . قلت: هذا يمشي في الكلب غير المعلم، أما في الكلب المعلم والفهد فلا يمشي فلينظر فيه .

م: (**ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب**) ش: فعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية وداود لا مالية في الكلب .

ولهذا حرموا ثمنه ، لأن معه باطل ، وعند عطاء وإبراهيم النخعي وأبي حنيفة وصاحبيه يجوز بيع الكلاب التي ينتفع بهاويباح أثمانها فهذا يدل على أن فيها المالية ، فإذا كان كذلك م: (**فأورث**) ش: اختلاف العلماء م: (**شبهة**) ش: وهي دارئة .

م: (**ولا قطع في دف**) ش: بفتح الدال ، وضمها كذا قال ابن دريد وهو نوعان ، مربع ومدور م: (**ولا طبل**) ش: في طبل الغزاة اختلاف المشايخ ، والأصح أنه لا يقطع .

م: (**ولا بربط**) ش: بباءين مفتوحتين وبينهما راء شبيه العود فارسي معرب ، وأصله - بربت - لأن الضارب به يضعه على صدره واسم الصدر - بر - قاله ابن الأثير م: (**ولا مزمار**) ش: بكسر الميم وهو الآلة التي يزمر بفمها أي يغني .

قال ابن الأثير والقصبة التي يزمر بها زمارة وهي والزمار والمزمور سواء ، وهذا بالاختلاف بين أصحابنا م: (**لأن عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**لا قيمة لهما**) ش: أي لهذه الأشياء المذكورة ، فلا يكون فيها القطع .

م: (**وعند أبي حنيفة- رحمه الله - آخذها يتأول الكسر فيها**) ش: فلا يقطع ، ولكن يجب الضمان عنده لغير اللهو م: (**ويقطع في الساج**) ش: بسين مهملة وجيم في آخره ، وهو نوع من

والقنا والابنوس والصندل ؛ لأنهـا أموال محـرزة لكونها عـزيزة عند الناس ولا توجد بصـورتها مـباحـة في دار الإسلام . قـال : ويقطع في الفـصوص الخـضر واليـاقوت والزبرجـد ، لأن هذه الأشـياء من أحـسن الأموال وأنفـسهـا ولا توجد مـبـاحة الأصل بصـورتها في دارالإسـلام غيـر مرغوب فيهـا ، فصارت كالذهب والفضة. وإذا اتخذ من الخـشب أواني وأبواب قطع فيها ، لأنه بالصنعة التحق بالأمـوال النفيسة ، ألا ترى أنها تحـرز بخلاف الحصير ، لأن الصنعـة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية . قالوا : يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على

الشجر معروف يعظم جداً ، وأصله سوج بفتحتين ، يقال ساج سوجة ، أي مخروطة متجوفة الجوانب الأربعة تحمل من بلاد الهند إلى سائر البلاد ؛ ولأنه لا ينبت إلا بها م: **(والقنا)** ش: جمع قناة وهي خـشبة الرمح لأنهـا متعلقـة من الواو م: **(والأبـنـوس)** ش: بفـتح البـاء مـعـرب ، وهو معروف .

وعن مـحـمـد إذا عـمل بالأبنوس شيئًا قطع به ، ولا قطع في السـاج إلا إذا عـمل به شيئًا م: **(والصندل)** ش: وهو خشب آجر وأصفر طيب الرائحة .

م: **(لأنها)** ش: أي لأن هذه الأشياء الأربعة م: **(أموال محـرزة لكونها عزيزة عند الناس ، ولا توجد بصـورتها مباحـة في دار الإسلام)** ش: ولا تؤخـذ مـبـاحة إلا في دار الحرب ، فـلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: **(ويقطع في الفصوص الخضر)** ش: وهي تعمل من الفيروز والزمرد م: **(والياقوت)** ش: وهو من أعز الأحجار ، وهو أحمر وأصفر وأخضر وأعزها الأحمر م: **(والزبرجد)** ش: قال الجوهري : الزبرجد جوهر معروف ، وليس فيه معرفة .

قلت : هو حجر أخضر تفاق الياقوت الأخضـر ، وليس لقوته ولا فعله ، وليس منه منفعة الأحسن منظر م: **(لأن هذه الأشياء من أحسن الأمـوال وأنفسها، ولا توجد مبـاحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة)** ش: .

م: **(وإذا اتخذ من الخشب)** ش: أي من الخشب الذي لا قطع فيه م: **(أواني)** ش: جمع آنية م: **(وأبواب)** ش: بالرفع أى فاتخذ أبواب م: **(قطع فيها ، لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة)** ش: لأن الصنعة الغالبة خرجته من حكم أصله ، فصار لمال المعينين .

م: **(ألا ترى أنهـا تحرز بخـلاف الحـصيـر)** ش: والتـواري م: **(لأن الصنعـة فـيـه لم تغلب على الجنس)** ش: أي على أصله م: **(حتى يبسط في غير الحرز)** ش: فلا يخرج من كونها تافهًا .

م: **(وفي الحصر البغدادية قالوا)** ش: أي المشايخ م: **(يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على**

الأصل ، وإنما يجب القطع في غير المركب ، وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس ، لأنه يجاهر بفعله، كيف يجب وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام : لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ،

الأصل) ش: وكذلك الحصر المصرية ، والحصر العباد العبد كذلك .

وعند الثلاثة يقطع في المعمولة وغير المعمولة م: (**وإنما يجب القطع في غير المركب**) ش: يعني في الأبواب ، لأنها تحرز . وأما المركب على الجدار لا قطع فيه عندنا. وفي «المبسوط» سرق باب دار أو مسجد لا يقطع ، لأنه ظاهر غير محرز . وعند الثلاثة يقطع في باب الدار م: (**وإنما يجب**) ش: أي القطع في باب الغير المركب.

م: (**إذا كان خفيفًا لا يثقل على الواحد حمله ، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته**) ش: وقال الأترازي : في هذا نظر ؛ لأن عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصانًا في المالية ولا في الحرز ، فإذا حصلت سرقة مال يتيم من حرز كامل فيجب القطع .

ولهذا يفرق الحاكم بين الثقيل والخفيف ، بل أطلق الرواية ، ولذلك أطلقوا الرواية في شرح «الجامع الصغير» وشروحه ، وكذا القدوري أطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي وكذا أطلق في «الشامل» في قسم المبسوط .

م: (**ولا قطع على خائن ولا خائنة**) ش: قال الإمام بدرالدين الكردي - رحمه الله - الخائن من يخون فيما في يده من الأمانة كالمودع والخائنة للمؤنث م: (**لقصور في الحرز**) ش: فكان شبهة في سقوط القطع م: (**ولا منتهب**) ش: أي ولا قطع أيضا على منتهب ، وهو اسم فاعل من الانتهاب ، وهو أن يأخذ على وجه العلانية ، فهذا من بلدة أي قرية .

م: (**ولا مختلس**) ش: أى ولا قطع أيضًا على مختلس ، وهو اسم فاعل من الاختلاس ، وهو الاختلاف وهو أن يأخذ وهو قريب الشيء بسرعة الأكم الخلسة .

وقال الأكمل : الاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة وجهراً وهو قريب من قول المصنف م: (**لأنه يجاهر بفعله**) ش: ولا قطع في هذه الأشياء بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار لعدم صدق السرقة عليها.

م: (**كيف يجب وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام : لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن**) ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال: « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»(1) . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ،

---

(1) الترمذي (١٤٨٨) ، أبو داود (٤٣٩١) ، ابن ماجة (٢٥٩١) ، النسائي (٤٦٠٦).

ولا قطع على النباش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله- عليه القطع ، لقوله عليه الصلاة والسلام : من نبش قطعناه ، ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه .

ورواه الطبراني في «الأوسط» من حديث الزهرى عن ابن أبي مالك نحوه مرفوعًا .

م: (**ولا قطع على النباش**) ش: هو الذي ينبش القبور ويأخذ كفن الميت م: (**وهذا**) ش: أى عدم القطع على النباش م: (**عند أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله-**) ش: وبه قال الثورى والأوزاعي والزهري ومكحول ، وهو مذهب ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما .

م: (**وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - عليه القطع**) ش: وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، وهو مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحماد وعمر بن عبد العزيز .

وفي «المبسوط» وهو مذهب عمر وعائشة وابن مسعود - رضي الله عنهم - . وقال مالك في «الموطأ» : وإذا بلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع .

وقال أحمد : إذا أخرج من القبر كفنًا قيمته ثلاثة دراهم قطع .

وقال الكاكي : ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعًا ، فإن كان أكثر من كفن السنة أو ترك في تابوت فسرق التابوت أوترك معه طيب مجموع أو ذهب أو فضة أو جوهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ؛ لأنه ليس بكفن مشروع فالترك فيه تضييع وسفه ، فلا يكون محرزاً فلا يقطع سارقه .

وفي «الوجيز» : لا قطع على نباش في تربة ضابعة ، ويقطع إذا سرق من قبر محرز محروس ، وفي مقابل البلاد وجهان . وفي الزيادة على العدد الشرعي الكفن للوارث فهو الخضير في السرقة .

وإن كفنه أجنبي فالطلب للأجنبي ، وبه قال أحمد في وجه . وقال في وجه لا يفتقر إلى الطلب .

م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أى لقول النبي ﷺ م: (**من نبش قطعناه**) ش: هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناد فيه من يجهل حاله عن البراء بن عازب مرفوعًا .

وقال الكاكي : أول الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، ومن نبش قطعناه م: (**ولأنه مال متقوم**) ش: لأن الكفن ثوب متقوم وبإلباس الميت لا تحصل صنعة المالية فيه م: (**محرز**) ش: مثله ، كما أن الإصطبل للدواب ، لأنه يعتبر حرز كل شيء م: (**بحرز مثله**) ش: وهو يحفظ فيه عادة ، فيكون القبر حرز الكفن م: (**فيقطع فيه**) ش: لأنه حرزه .

ولهمـا قوله عليه الصلاة والسـلام : «لا قطع على المختفي » وهو النبـاش بلغة أهل المدينة ، ولأن الشبـهة تمكنت في الملك ، لأنه لا ملك للميت حـقيقة ولا لـلوارث لتقدم حاجـة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجـار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود ، وما رواه غـير مرفوع أو هو محمول على السياسة ، وإن كان القبر في بيت مقفل ، فهو على هذا الخلاف في الصحيح .

ألا ترى أن الصندوق حـرز للدرة حـتى لو سـرق درة من إصطبل لا يقطع وحـرز الدابة الإصطبل ، وحرز الشاة الحظيرة حتى لو سرق من الحظيرة الثياب النفيسة لا يقطع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد قال : في م: (**قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أى قول النبي ﷺ : م: (**لا قطع على المختفي**) ش: هذا حديث غريب لا أصل له . وعن ابن عباس : ليس على النباش قطع ، رواه ابن أبي شيبة م: (**وهو النباش بلـغة أهل المدينة**) ش: قـال في ديوان الأدب اختفاه ، أي أخرجه .

وقال في المجمل : والنباش مختف ؛ لأنه مستخرج للأكفان.

م: (**ولأن الشـبهـة تمكنت في الملك**) ش: يعني في كـون الكفن مـلكًا م: (**لأنه لا ملك للميت حقيقة**) ش: وهو ظاهر م: (**ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار ، لأن الجناية في نفسـها نادرة الوجود**) ش: لأن الطباع السليـمة تنفر عنه ، والكفن شيء بـهيز لا تميل إليه الطبائع المستقيمة .

م: (**وما رواه**) ش: أي الشافعي - رحمه الله - م: (**غير مرفوع**) ش: إلى النبي ﷺ ، وقد ذكرنا أن الحديث الذي استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب ليس له أصل . وما استدل به أبو يوسف والشافعي أقرب م: (**أو هو محمول على السياسة**) ش: هذا جواب بطريق التسليم ، والإمام ذلك إذا أعاد به عليه أول الحديث : من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، والمراد منه السياسة ، لأنه أضافه إلى نفسه .

ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه ، بل أضافه إلى الولي.

م: (**وإن كان القبر في بيت مقفل**) ش: قال الكاكي : بسكون القاف ، يقال : أقفل الباب ، وقفل الأبواب مثل أغلق وغلق ، ذكره في «الصحاح» .

حاصله أنه يقال : أقفل الباب من الإقفال إذا ذكر مفرداً وقفل الأبواب بتشديد القاف من التفضيل إذا ذكر الأبواب كما يقال أغلقت الباب، وغلقت الأبواب م: (**فهـو على هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور ، يعني لا يقطع عندهما خلافًا لأبي يوسف م: (**في الصحيح**) ش: احترز به عـما يقوله بعض المشايخ إنه يقطع ، وقـال السرخسي : في مـبسوطه والأصح عندي أنه لا يقطع .

وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا . ولا يقطع السارق من بيت المال ، لأنه مال العامة . وهو منهم . ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا . ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لتأخير المطالبة ،

م: (**وكذا**) ش: أي من الخلاف المذكور م: (**إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت**) ش: لا يقطع عندهما بلا خلاف لأبي يوسف م: (**لما بينا**) ش: أي لما بينا من الحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « **لا قطع على المختفي** » ، ومن الدليل المعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث .

م: (**ولا يقطع السارق من بيت المال**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي والحكم ، وقال مالك وحماد وابن المنذر عن ابن عباس - رضي الله عنهما -أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فأتي به إلى النبي ﷺ فلم يقطعه .

وقال فماذا سرق ، وقيل يقطع لظاهر الكتاب ، ولأنه سرق مالاً محرزاً ، ولا حق له فيه قبل الحاجة . ولنا ما رواه عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما- أن عبداً من رقيق الخمس سرق ، فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال : «مال الله سرق بعضه بعضًا» . وعن عمر - رضي الله عنه - مثله .

وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - فيمن سرق من بيت المال قال أرسله من أحد الأدلة في هذا المال حق وعن علي - رضي الله عنه - مثله .

وتعليل المصنف يؤخذ منه حيث قالم: (**لأنه**) ش: أي لأن مال بيت المال م: (**مال العامة**) ش: أي عامة الناس م: (**وهو منهم**) ش: أي الذي سرق من العامة ، فيكون له فيه حق فيسقط القطع للشبهة م: (**ولا من مال**) ش: ولا يقطع من سرق من مال م: (**للسارق فيه شركة**) ش: لأن الملك من أقوى الشبه ، ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الأمة المشتركة م: (**لما قلنا**) ش: أن للسارق فيه حق .

قال الكاكي : صورته لو سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركًا بينهما لا يقطع عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال في قول إذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب ، يعني زيادة على حقه ففيه القطع ، وبه قال مالك .

م: (**ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها**) ش: أي مثل دراهمه م: (**لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه**) ش: وبهذا ليس لصاحب المال أن يرد أمر ذلك م: (**والحال والمؤجل فيه**) ش: أي في عدم القطع م: (**سواء استحسانًا**) ش: لوجود المسح للأخذ ، ويقطع قياسًا لانعدام الإطلاق في الأخذ م: (**لتأخير المطالبة**) ش: في الحال .

وكذا إذا سرق زيادة على حقه ؛ لأنه لمقدار حقه يصير شريكاً فيه . وإن سرق منه عروضاً قطع ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضي . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يقطع ، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً بحقه .

وعند الشافعي : إن لم يكن الغريم مماطلاً لا قطع ، وإن كان مماطلاً لا يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وقال الشافعي في وجه: إذا بلغت الزيادة على حقه نصابًا يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في اختلاف جنسه وجهان ، في وجه يقطع ، وبه قال مالك وأحمد . والأظهر أنه لا يقطع . ولم يذكر القدوري هذه المسألة في مختصره ، وذكرها في شرحه . وذكر القياس والاستحسان .

والمصنف لم يذكر وجه القياس . وذكر وجه الاستحسان بقوله : لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، أي لأن التأجيل في الدين لتأخير المطالبة إلى حلول الأجل وهو لا نصر ملك الدين .

م: (**وكذا إذا سرق زيادة على حقه**) ش: أي وكذا لا يقطع عندنا إذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه م: (**لأنه لمقدار حقه يصير شريكًا فيه**) ش: فتتمكن الشبهة .

م: (**وإن سرق منه عروضًا قطع**) ش: يعني إذا أخذ عروضًا مكان الدراهم يقطع م: (**لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه**) ش: أي من الديون الاستيفاء منه م: (**إلا بيعًا بالتراضي**) ش: أي إلا من حيث البيع بالتراضى ، والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي .

والفرق بين أخذ جنس حقه وبين أخذ جنسه ظاهر ، وهو جنس التفاوت ، ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك ، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجزئ .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يقطع ؛ لأن له أن يأخذه**) ش: أي لأن السارق له أن يأخذ غير جنس حقه م: (**عند بعض العلماء**) ش: وهو ابن أبي ليلى ، فإن عنده له أن يأخذ خلاف جنس حقه بعض لوجود المجانسة من جنس المالية ، وبه قال الشافعي أيضًا .

وإن لم يدع الأخذ لحقه ، فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط م: (**قضاء من حقه**) ش: أي من حيث القضاء من حقه م: (**أو رهنًا بحقه**) ش: أي أو يأخذه من حيث إنه الرهن بحقه .

وقال في كتاب «السرقة» فإن قال لما أردت أن آخذ العروض رهنًا بحقي أو قبضًا بحقي درئ عنه القطع للمحاشمة ، وإن كان حقه دراهم فوق دنانير تقطع ، كذا ذكر القدوري في شرحه ، وقيل: تبع للمجانسة بينهما من حيث التسمية على ما يجيء الآن .

وكذا القطع إذا سرق حلياً من فضة وحقه دراهم ؛ لأنه لا يصير قصاص حقه ، بل يصير بيعاً مبتدأ . ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع ، إلا أن يكون المولى وكيلهما بالقبض ،

قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر، فلايعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو ادعى ذلك درئ الحد عنه ، لأنه ظن في موضع الخلاف . ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع ، لأنه ليس له حق الأخذ . وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد . ومن سرق عيناً تقطع فيها فردها في موضع ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع ، والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف- رحمه الله- وهو قول الشافعي -رحمه الله- لقوله عليه الصلاة والسلام : فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ،

فحينئذ لا يجب القطع .

ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع ، لأن حق الأخذ لغيره وهو سرق من غريم أبيه الصغير لا يقطع ، والمسائل مذكورة في فتاوي الولوالجى وغيره .

م: (**قلنا هذا قول**) ش: أراد به قول ابن أبي ليلى م: (**لا يستند إلى دليل ظاهر**) ش: إذ القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال ، لأن حقه في الوصف ، وهذا عين ،لكن تركناه لعلة التفاوت بينهما ، ولا كذلك خلاف الجنس بفتحتين التفاوت ، فلا يترك القياس م: (**فلا يعتبر**) ش: أي قوله م: (**بدون اتصال الدعوى به**) ش: أي بقوله م: (**حتى لو ادعى ذلك**) ش: أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهناً به م: (**درئ الحد عنه لأنه ظن**) ش: أي لأن فعله ظن م: (**في موضع الخلاف**) ش: فلا ينفك ينقل شبهة ، وإذا كان هو مخطئاً في ذلك التأويل .

وعندنا م: (**ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع**) ش: كذا ذكر القدوري ، لأنها لا تصير قصاصاً بحقه ، فليس له أن يأخذها ، وهو معنى قوله م: (**لأنه ليس له حق الأخذ . وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد**) ش: من حيث المشمة .

م: (**ومن سرق عيناً تقطع فيها فردها**) ش: أي فرد العين المسروقة إلى مالكها لم يتغير م: (**في موضع ثم عاد فسرقها وهي**) ش: أي والحال أن العين المسروقة م: (**بحالها لم يقطع**) ش: أي ثانياً م: (**والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -، وهو قول الشافعي- رحمه الله -**) ش: وقول أحمد : م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**فإن عاد فاقطعوه**) ش: هذا رواه الدارقطني في سننه عن الواقدي عن ابن أبي ذئب عن خالد بن سلمة أراد عن أبي سلمة عن النبي ﷺ :«**إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله**»[1] م: (**من غير فصل**) ش: يعني قاله مطلقاً من غير فصل بين تبدل العين وعدمه .

---

(١) الدارقطني في الحدود (٣/ ١٨١) .

ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر . وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى . وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل ، وقيام الموجب وهو القطع فيه ، بخلاف ما ذكر ، لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر ، فتعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل الجناية وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول .

م: (**ولأن الثانية**) ش: أي السرقة الثانية م: (**متكاملة كالأولى**) ش: أي كالسرقة الأولى م: (**بل أقبح**) ش: من الأولى وأفحش م: (**لتقدم الزاجر**) ش: فإن الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحاً، فكان أحق بإيجاب القطع .

م: (**وصار**) ش: أي هذا م: (**كما إذا باعه المالك**) ش: أي كما إذا باع المسروق م: (**من السارق ثم اشتراه منه ، ثم كانت السرقة**) ش: أي ثم وجدت السرقة وكانت تامة .

م: (**ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل**) ش: في حق السارق م: (**على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أشار به إلى قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبل باب ما يحدث السارق في السرقة قريبًا من صفحة .

وبالرد إلى المالك ، هذا جواب عما يقال العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك ، فأجاب بقوله م: (**وبالرد**) ش: أي وبرد المعنى المسروقة المؤدية م: (**إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط**) ش: أي سقوط العصمة م: (**نظراً إلى اتحاد الملك**) ش: احترازاً عما إذا لو تبدل الملك في ذلك ، وهو جواب عن قوله كما إذا باعه السارق من المالك إلى آخره م: (**والمحل**) ش: احترازاً عما إذا تبدل المحل كما في صورة الفرد كما يجيء عن قريب م: (**وقيام الموجب**) ش: أي موجب سقوط العصمة م: (**وهو القطع فيه**) ش: وهو احتراز عما كان قبل القطع .

م: (**بخلاف ما ذكر**) ش: يعني بخلاف ما ذكر أبو يوسف من صورة البيع م: (**لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه**) ش: وذلك لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان . وأصله حديث بريرة حيث قال لها النبي ﷺ : « **لك صدقة ولنا هدية**» م: (**ولأن تكرار الجناية**) ش: عطف على قوله ولنا أن القطع ، وهو دليل آخر تقرير تكرار الجناية م: (**منه**) ش: بالعود إلى سرقة ما قطع فيه م: (**نادر**) ش: جداً م: (**لتحمله مشقة الزاجر ، فتعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل الجناية**) ش: فلا يحتاج إليها .

م: (**وصار**) ش: أي هذا صار م: (**كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول**) ش: بالزنا

قال : فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ؛ لأن العين قد تبدلت فتبدلها عن حالها ولهذا يملكه الغاصب به، وهذا هو علامة التبدل في كل محل .

وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه ، فوجب القطع ثانياً .

الأول فإنه لا يحد نظراً إلى عراية عن مقصود الإقامة . وذكر الإمام [. . .] هذا إذا قذفه يعني ذكر الزنا ، أما لو نسب إلى غير ذلك الزنا يحد ثانياً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ؛ لأن العين قد تبدلت ، فتبدلها عن حالها**) ش: صارت في حكم عين أخرى ، فلو سرق أخرى يقطع ثانياً فقطع فيها ثم سرق عيناً أخرى فقطع ثانياً .

فكذا هنا م: (**ولهذا يملكه الغاصب به**) ش: أي بالنسخ ويقطعه حق المغصوب منه عن المغصوب م: (**وهو علامة التبدل**) ش: أي ثبوت ملك الغاصب بالنسج دليل تبدل العين ، وإلا لما انقطع حق المالك م: (**في كل محل**) ش: في الثبوت وغيره .

م: (**وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه**) ش: بالجر عطفاً على قوله من اتحاد المحل . يعني لما تبدل المحل بأن كان ثوباً بعد أن كان غزلاً انتفت شبهة سقوط العصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل ، فصار في حكم غير أخرى ، فإذا كان كذلك م: (**فوجب القطع ثانياً**) .

* * *

فصل في الحرز والأخذ منه

قال ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع . فالأول وهوالولاد للبسوطة في المال ، وفي الدخول في الحرز .

م: (فصل في الحرز والأخذ منه)

ش: أي هذا فصل في بيان الحرز . والحرز في اللغة : الموضع الحريز ، وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء أي يحفظ . وفي الشرع : ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة والشخص بنفسه ، والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعًا .

قوله : والأخذ منه أي من الحرز ولما احتاجت السرقة إلى وجود المالية وإلى الحرز عند العامة شرع من الحرز شرط القطع عند عامة أهل العلم .

وحكي عن عائشة -رضي الله عنها- والحسن والنخعي : فمن جمع المال ولم يخرج به من الحرز عليه القطع .

وعن الحسن مثل قول الجماعة . وحكى داود أنه يعتبر الحرز لإطلاق الآية ، وهذه أقوال شاذة غير ثابتة .

وقال ابن المنذر : وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع ، والأخبار التي وردت في القطع تخصص الآية .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) ش: أما السرقة من أبويه فلا قطع فيها بالإجماع قال الأترازي : وكيف يقول بالإجماع وقد قال الكاكي : وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر والمزني من أصحاب أحمد -رحمه الله- يقطع السارق من أبويه لظاهر النص .

وكذلك السرقة من الجد وإن علا ، وكذا إذا سرق الأب من ولده . وأما السرقة من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والعم والخال فذلك عندنا لا يقطع ، وقالت الثلاثة يقطع .

م: (فالأول وهو الولاد) ش: أي قرابة الولاد م: (للبسوطة في المال) ش: أي للبسط وهو السعة في اللغة : النشر م: (و في الدخول في الحرز) ش: والحاصل أن المانع من القطع في سرقة الولد من والديه والعكس أيضاً أمران ، أحدهما : الانبساط بينهم في المال ، والآخر : الأول بالدخول في الحرز ، وهو معنى قوله .

وفي الدخول في الحرز ، ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة أحدهما للآخر ويستحق النفقة في مال أبويه إذا كان فقيراً . ولو سرق الأب أو الجد وإن علا ، والأم والجدة وإن علت من مال

والثاني للمعنى الثاني . ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة . وفي الثاني خلافًا للشافعي -رحمه الله- لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد بيناه في العتاق . وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمة ، بخلاف النسب .

الولد ، وإن سفل لا يقطع خلافاً لأبي ثور وابن المنذر .

والثاني: للمعنى م: (**والثاني**) ش: أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المحرم م: (**للمعنى الثاني**) ش: وهو كونه يدخل في الحرز بدون الإذن م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل المعنى الثاني م: (**أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها**) ش: أى من المحارم وبعض النسخ فيها وموضع الزينة اليد ، لأنها موضع السوار والشعر ، لأنه موضع العربول والعضد موضع اليد ملوح ، والصدر موضع القلادة والسارق موضع الخلخال .

م: (**بخلاف الصديقين**) ش: متصل بقوله لم يقطع ، وهو جواب عن سؤال بأن يقال الإذن بالدخول كما وجد في سائر المحارم ، وجد في الصديقين أيضاً ، ومع هذا إذا سرق أحدهما من الآخر فقطع فأجاب بقوله بخلاف الصديقين م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي سرق من صديقه م: (**عاداه بالسرقة**) ش: لأنه لما سرق ظهر أنه عدو وعلى هذا تنتفي الصداقة فيقطع .

م: (**وفي الثاني**) ش: يعني في السارق من ذي رحم محرم م: (**خلافاً للشافعي -رحمه الله- لأنه ألحقها**) ش: أي لأن الشافعي -رحمه الله- ألحق قرابة ذي رحم محرم كالأخ والعم والخال م: (**بالقرابة البعيدة**) ش: كابن العم ، ولا معنى لإلحاقها بها مع وجود السارق ؛ لأن القرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة .

وبخلاف قرابة ذي رحم محرم م: (**وقد بيناه في العتاق**) ش: أي بينا الخلاف في مسألة ملك ذي رحم محرم منه عتق .

بل يقطع وإن كانت المحرمية موجودة ، وكذلك إذا ثبتت المحرمية بالتقبيل عن شهوة .

م: (**وأقرب من ذلك**) ش: أي من الحرمة الثابتة بالزنا م: (**الأخت من الرضاعة**) ش: يعني أن الأم من الرضاعة أشبه إلى الأخت من الرضاعة في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ، ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع ، فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك .

وجه الأقربية ، أي إلحاق الرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا م: (**وهذا**) ش: أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة م: (**لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة**) ش: أي بلا انبساط كما ذكرنا م: (**تحرزًا**) ش: أي احترازًا م: (**عن موقف التهمة بخلاف النسب**) ش: أي الأم ونحوها .

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو زوج سيدته لم يقطع ؛ لوجود الإذن بالدخول عادة . وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافاً للشافعي -رحمه الله- ومن سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع . ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع ؛ اعتباراً للحرز وعدمه ، ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يقطع ، لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة .

وقال الأترازي : وكأن هذا وقع جوابًا عن قول أبي يوسف أنه يدخل عليه الأم من الرضاعة بلا استئذان وحشمة ، يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال : الرضاع قليلاً شهادة عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع احترازًا عن الوقوع في موقف التهمة ، بخلاف الأم من النسب ؛ ولأن النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق .

م: (**وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد**) ش: أي لو سرق العبد م: (**من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته**) ش: أي أو سرق العبد من زوج سيدته م: (**لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة**) ش: لأن العبد يدخل في بيوت هؤلاء ولا يمنع فلا يقطع .

م: (**وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه**) ش: أي الزوجان لا يسكنان في ذلك الحرز م: (**فكذلك الجواب**) ش: أي لا يقطعم: (**عندنا خلافًا للشافعي-رحمه الله)** ش:.

م: (**ومن سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع**) ش: أي مال ذي رحم محرم ثم علقهما بقوله م: (**اعتبارًا للحرز**) ش: أي في المسألة الثانية م: (**وعدمه**) ش: أي وعدم الحرز في المسألة الأولى .

م: (**ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع**) ش: ذكرها أيضًا تعريفًا بمسألة القدوري ، قال في شرح الطحاوي : ولو سرق من أمه من الرضاعة أو من أبيه من الرضاع وجب القطع ، وهذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا .

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها**) ش: أي على أمه من الرضاع م: (**من غير استئذان وحشمة**) ش: أي ومن غير حشمة .

وفي «المغرب» : الانقباض من أخيك في المطفح وطلب الحاجة ، والحشمة اسم من الاحتشام ، يقال : أحشمه واحتشم منه إذا يقض منه واستحى ، وقيل هي عامية ، لأن الحشمة عند العرب الغضب لا غير . وقال ابن الأمير : الحشمة الاستحياء ، يقال احتشم أي انقبض .

م: (**بخلاف الأخت من الرضاع**) ش: حيث يقطع إذا سرق منها م: (**لانعدام هذا المعنى**) ش: وهو الدخول بلا استئذان وحشمة م: (**فيها**) ش: أي في أخته من الرضاع م: (**عادة**) ش: أي من

وجه الظاهر أنه لا قرابة ، والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة ، لبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة ، وهو نظير الخلاف في الشهادة . ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع ؛ لأن له في اكتسابه حقاً وكذلك السارق من المغنم ؛ لأن له فيه نصيباً ،

حيث العادة ؛ لأنه لا يدخل عليها إلا بالإذن .

م: (**وجه الظاهر**) ش: أي ظاهر الرواية م: (**أنه لا قرابة والمحرمية بدونها**) ش: أي بدون القرابة م: (**لاتحترم**) ش: أي لا يحصل حرمتها حرمة عادة م: (**كما إذا ثبتت**) ش: يعني المحرمية م: (**بالزنا والتقبيل عن شهوة**) ش: فإنه إذا سرق من بيت المرأة التي زنا بها لا تعد شبهة في قطع اليد ، فإنه له فيه ثلاثة أقوال في قول يقطع ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله .

والثاني : لا يقطع كقولنا وقول أحمد - رحمه الله - في رواية . والثالث : يقطع الزوج بسرقة مال زوجته ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله ولا حق له في مالها .

م: (**لبسوطة بينهما**) ش: أي بين الزوجين م: (**في الأموال عادة ودلالة**) ش: وهي أنها بما بدلت نفسها وهي أنفس من الأموال ، فلأن تبدل المال أولى بطريق الدلالة ، ولأن بينهما سبب يوجب الميراث من غير حجب كالوالدين والولدين والولد م: (**وهو نظير الخلاف في الشهادة**) ش: أي الخلاف في القطع نظير الاختلاف بيننا وبين الشافعي -رضي الله عنه - في قبول الشهادة ، حيث لا يقبل شهادة أحدهما في حق الآخر لاتصال المنافع بينهما عادة وعنده يقبل في أحد قوليه .

م: (**ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع**) ش: وفي بعض النسخ لم يقطع م: (**لأن له**) ش: أي للمولى م: (**في اكتسابه**) ش: أي اكتساب المكاتب م: (**حقًا**) ش: لأن رقبته مملوكة للمولى ، فلا تتحقق السرقة ، وكذلك لا قطع على المكاتب أو المدبر إذا سرق من المولى ؛ لأن المكاتب عبد ولو بقي عليه درهم .

وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولي ، ولا قطع على العبد في مال سيده لما بينا . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر - رضي الله عنهم - : يقطع بسرقة مال سيدته ، أو من زوجة سيده ، أو من زوج سيدتها . وقال داود : يقطع بمال السيد أيضًا .

م: (**وكذلك السارق من المغنم**) ش: يعني لا يقطع م: (**لأن له فيه نصيبًا**) ش: أي لأن للسارق في المغنم نصيبًا ، والمغنم الغنيمة ، أطلق الرواية في القدوري .

وكذا في شرح الطحاوي قال الأترازي : وينبغي أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب في الغنيمة في الأربعة إلا في الخمس كالغانمين أو اليتامى أو المساكين وابن السبيل ، أما

وهو مأثور عن علي -رضي الله عنه- درءاً وتعليلاً . قال : والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت ، وحرز بالحافظ . قال الحرز لا بد منه ؛ لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ،

غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة ، فينبغي أن يقطع ، لأنه سرق مالاً سيما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق من بيت المال، فإنه قيد بمصالح المسلمين وهو منهم فصار كمال فيه شركة للسارق فلا يقطع . وقول الشافعي- رحمه الله - وأحمد -رحمه الله - كقولنا في السارق من الغنيمة . وقال مالك وابن المنذر يقطع .

م: (**وهو**) ش: أي عدم القطع في السارق من المغنم م: (**مأثور عن علي**) ش: ابن أبي طالب م: (**-رضي الله عنه -**) ش: ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابن عبيد بن الأبرص -وهو يزيد بن دثار- قال: أتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه .

وكان قد سرق مقصرا ، وورواه الدارقطني في كتاب «المؤتلف والمختلف »في ترجمة عبيد بن الأبرص عن الثوري -رضي الله عنه - به مسنداً ومساو في الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة بسنده عن جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس -رضي الله عنهم - : « **أن عبدًا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال مال الله سرق بعضه بعضًا** »[1] ، قال ابن القطان في كتابه : إسناده ضعيف ، وقد رواه مرسلاً .

م: (**درءًا وتعليلاً**) ش: أي دفعًا للقطع وتعليلاً له ، فالدرء عن قول علي -رضي الله عنه - في الأثر المذكور فلم يقطعه ، والتعليل من قوله له فيه نصيب ، وانتصابهما عليه أنهما حالين ومن عليه صلى على تقدير حال كون دارئًا ومعللاً ، وكلاهما مصدران بمعنى اسم الفاعل كما في قولك رجل عدل أي عادل .

ولم يوضح أحد من الشراح هذا كما ينبغي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والحرز على ضربين**) ش: وفي نسخة شيخي الأترازي أيضًا على نوعين ، أحدهما م: (**حرز لمعنى فيه**) ش: وهو إنما يكون بالمكان المعد لحفظ الأمتعة والأموال ، ويختلف في ذلك باختلاف الأول م: (**كالدور والبيوت**) ش: والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر والخيمة والجر والحركات م: (**وحرز بالحافظ**) ش: هذا النوع الثاني كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه ، فإنه يحرز به .

م: (**قال**) ش: أي المصنف :م: (**الحرز لا بد منه**) ش: لأنه شرط وجوب القطع والإجماع انعقد على شرطه ، وعلل المصنف بقوله م: (**لأن الاستسرار لا يتحقق دونه**) ش: أي دون الحرز ؛

---

(١) ابن ماجة [٢٥٩٠] .

ثم هو قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو يحرز به ، وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ، وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ وهو الصحيح ؛ لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان له باب وهو مفتوح ، حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء للإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه، لقيام يده قبله

لأن معنى السرقة وهو الأخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد إذا لم يوجد الحرز ، ولما قال القدوري الحرز على نوعين شرع المصنف توضيحه بقوله م: (**ثم هو**) ش: أي الحرز م: (**قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة**) ش: وحفظها م: (**كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون**) ش: أي الحرز م: (**بالحافظ**) ش: أي لحفظ جانب المتاع متاعه .

م: (**كمن جلس في الطريق أو في المسجد**) ش: أي أو جلس في المسجد م: (**وعنده متاعه فهو**) ش: أي متاعه م: (**يحرز به**) ش: أي بالجالس المذكور ، وقد استدل على ذلك بقوله م: (**وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد**) ش: بيان هذا ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث الزهري عن عبد الله بن صفوان عن أبيه « **أنه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فأتاه لص فأرسله من تحت رأسه ، وأخذه، فأتى النبي ﷺ فقال : إن هذا سرق ردائي ، فقال النبي ﷺ : أسرقت رداء هذا ، قال : نعم ، قال اذهبا به فاقطعا يده ، فقال صفوان : ما كنت أريد أن يقطع يده في ردائي ، قال: فلولا كان قبل أن تأتيني به** »[1] . وزاد النسائي فقطعه انتهى ، فعلم أن رسول الله ﷺ اعتبر الحرز بالحافظ .

م: (**وفي محرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ**) ش: لأن الأول أقوى ، لأن المكان يمنع وصول اليد إلى المال ، ويكون المال مختفيًا به ، والاختفاء لا يوجد في الحافظ ، فكان ذلك أصلاً م: (**وهو الصحيح**) ش: احترز به عما ذكر في العيون على قول أبي حنيفة -رحمه الله- يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: لا يقطع ، وبه أخذ الليث والصدر الشهيد وفي «الكافي» وعليه الفتوى ، وهو ظاهر المذهب .

م: (**له لأنه يحرز بدونه**) ش: أي لأن المحرز بالمكان محرز بدون الحافظ م: (**وهو**) ش: أي المحرز بالمكان م: (**البيت وإن لم يكن له باب**) ش: واصل بما قبله م: (**أو كان**) ش: أي أو كان م: (**باب وهو مفتوح**) ش: أي والحال أنه مفتوح م: (**حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء للإحراز ، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه**) ش: أي بإخراج المتاع من البيت م: (**لقيام يده قبله**) ش: أي لقيام

---

(١) أبو داود [٤٣٩٤] ، ابن ماجة [٢٥٩٥] ، النسائي [٤٥٣٢] .

بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح، لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ، وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله ، لأنه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى . قال : ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع . لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين . قال : ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله فيه لوجود الإذن عادة

يد المالك قبل الإخراج ، لأن هتك الحرز لا يكون إلا بالإخراج .

م: (**بخلاف المحرز بالحافظ ، حيث يجب القطع فيه كما أخذ**) ش: أي السارق م: (**لزوال يد المالك بمجرد الأخذ ، فتتم السرقة**) ش: فيقطع م: (**ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظًا أو نائمًا والمتاع تحته أو عنده**) ش: أي أو تحته قريبًا منه م: (**هو الصحيح**) ش: احترز عن قول بعض أصحابنا حيث شرط أن يكون المتاع م: (**لأنه يعد النائم عند متاعه حافظًا له في العادة ، وعلى هذا**) ش: أي على التعليل الذي ذكره م: (**لا يضمن المودع**) ش: بفتح الدال ، يعني إذا نام وعنده الوديعة .

وفي «الفتاوي الظهيرية» إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعدًا ، أما إذا نام مضطجعًا فعليه الضمان . وقال : وهذا إذا كان في الحضر ، أما إذا كان في السفر لا ضمان عليه نام قاعدًا أو مضطجعًا .

م: (**والمستعير مثله**) ش: أي مثل المودع م: (**لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ما اختاره في الفتاوي**) ش: أي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع أو المستعير كيفما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوي ، أي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع ، لأن فيها أوجب الضمان إذا نام مضطجعًا ، وقد ذكرناه الآن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن سرق شيئًا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع**) ش: هذا تفريع وبيان لما قال أولاً بقوله الحرز على نوعين : حرز لمعنى فيه ، وحرز بالحافظ ، يعني أن من سرق شيئًا من حرز بمعنى فيه كالدور قطع ، وكذلك إذا سرق من غير حرز ، لكن صاحبه عنده يحفظه قطع م: (**لأنه سرق مالاً محرزًا بأحد الحرزين**) ش: في الأول بالمكان . وفي الثاني بالحافظ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله**) ش: وقال الشافعي -رحمه الله- : إذا سرق من الحمام وكان عند الثياب حافظ فعليه القطع ، كذا قال الشيخ أبونصر البغدادي ولا يقطع عندنا م: (**فيه لوجود الإذن عادة**) ش: يعني

أو حقيقة في الدخول ، فاختل الحرز ، ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار . ومن سرق من المسجد متاعًا وصاحبه عنده قطع ؛ لأنه محرز بالحافظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزاً ، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله ،

في الحمام.

م: (**أو حقيقة**) ش: أي أو لوجود الإذن حقيقة في بيت أذن في دخوله ، وقوله م: (**في الدخول**) ش: يرجع إلى اثنين ، فإذا كان كذلك م: (**فاختل الحرز**) ش: فلا يقطع م: (**ويدخل في ذلك**) ش: أي في حكم بيت أذن للناس في دخوله م: (**حوانيت التجار والخانات**) ش: وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس بالدخول عليه يشترون منه ، فإذا سرق رجل منهم ثوبًا لم يقطع ، وبه صرح الحاكم في «الكافي».

م: (**إلا إذا سرق منها**) ش: أي من الحمام والحوانيت والخانات ، وهذا استثناء من قوله ولا يقطع إلى آخره ، وقوله م: (**ليلا**) ش: قيد للكل م: (**لأنها**) ش: أي لأن الأماكن المذكورة م: (**بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار**) ش: دون الليل .

وفي «مختصر الفتاوى» جماعة نزلوا بيتًا أو خانًا فسرق بعضهم من بعض متاعًا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ، ولو كان مسجد جماعة قطع . ولو سرق من بيت واحد قبل الخروج لم يقطع .

م: (**ومن سرق من المسجد متاعًا وصاحبه عنده قطع ، لأنه محرز بالحافظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان**) ش: وإنما هو محرز بالحافظ . وإذا كان الحافظ عنده يقظان أو نائمًا عنده متاعه فقد حصل هتك الحرز ، فيقطع . وإن لم يكن عنده فلا يقطع لعدم الحرز .

م: (**بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله ، حيث لا يقطع ؛ لأنه بني للإحراز، فكان المكان حرزًا ، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ**) ش: وعدم القطع سبب الإذن في الدخول . وقال الشافعي: الموضوع في الشارع والمسجد محرز بالحافظ بشرط أن لا ينام أو لا يوليه ظهره ، فيقول إذا نام عند متاعه لا يعد مضيعًا عادة ، فلا يحتاج الحرز فيجب القطع .

م: (**ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه ، لكونه مأذونًا في دخوله**) ش: وبه قال الشافعي ومالك -رحمهما الله - وأحمد في رواية أن من سرق من الموضع

ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة لا سرقة . ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد ، فلا بد من الإخراج منها ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ ، فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ،

الذي أنزل فيه أو موضع لم يحرز عنه لا يقطع ، وإن كان موضع يحرز عنه قطع .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الضيف م: (**بمنزلة أهل الدار**) ش: يعني صار كأنه واحد من أهل البيت حيث أكرموه وأضافوه م: (**فيكون فعله**) ش: أي فعل الضيف م: (**خيانة لا سرقة**) ش: ولا قطع على الخائن ، لما روى جابر -رضي الله عنه- عن رسول الله ﷺ : « **ليس على الخائن قطع** »[1] ، وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار الذي أذن له في دخولها ، وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، كذا ذكره القدوري في شرحه وما روي أن السبود بات عند أبي بكر الصديق-رضي الله عنه- فسرق حليًا فقطعه أبو بكر -رضي الله عنه- ، فتأويله عند أصحابنا أنه سرق من دار النساء لا من دار الرجال ، وفي الدارين المختلفين لا يكون الإذن في أحدهما إذنًا في الأخرى .

م: (**ومن سرق سرقة**) ش: أراد بالسرقة المسروق مجازًا ، كما قال محمد أيضًا إذا كانت السرقة مصحفًا ، كذا قال الأترازي .

وقال الكاكي : سرق سرقة مجازًا (**فلم يخرجها من الدار لم يقطع ؛ لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها**) ش: فما لم يوجد الإخراج لا يوجد الهتك ، فلا يجب القطع .

م : (**ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى**) ش: أي من حيث المعنى م: (**فتتمكن شبهة عدم الأخذ**) ش: والشبهة دارئة م: (**وإن كانت دار**) ش : وإن كانت الدار المذكورة دارًا م : (**فيها مقاصير**) ش : أي الحجرات البيوت ، وهو جمع مقصورة ، والمقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة م: (**فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ؛ لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة**) ش: لأن الإخراج إلى صحن الدار كالإخراج إلى السكة ، فلو أخرج من السكة يقطع ، فكذا هذا .

ثم في الفصل الأول قال بعض أصحابنا : لا ضمان عليه إذا تلف في يد المسروق ، كما لا قطع عليه قبل الإخراج من الدار ، والصحيح أنه يضمن بوجود التلف على وجه التعدي ، بخلاف القطع ، فإن شرطه هتك الحرز ولم يوجد .

---

(١) أبو داود في « السرقة [٤٣٩١] ، الترمذي في « الحدود» [١٤٨٨] ، النسائي [٤٦٠٦] ، ابن ماجة [٢٥٩١].

وإن أغار إنسـان من أهل المقاصير على مقصورة فـسرق منها قطع لما بينا . قال وإذا نقب اللص البـيت فدخل وأخـذ المال وناوله آخر خـارج البيت فـلا قطع عليهـما ؛ لأن الأول لم يوجـد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه . والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم تتم السرقة من كل واحـد . وعن أبي يوسف -رحمه الله- : إن أخرج الداخل يـده فناولها الخارج ، فالقـطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فناولهـا من يد الداخل فعليـهمـا القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا . وإن ألقاه في الطريق ثم خرج فأخذه قطع .

م : (**وإن أغار إنـسان**) ش : قـال صـاحب المغرب : -أغـار - لفظ شـمس الأئمة الحلواني ، والضـمـير في أغـار إلى العـدو ، وأما لفظ مـحـمـد وإن أعـان يعني بالعين المهـملة والنون ، وهو الأوجه ؛ لأن الإغارة تدل عـلى الجهر والمكابرة والسرقة والحقيقة . وقـال الكاكي : وإن أغار ، أي أخذ سرعة على غيره ، يقال : أغار الفرس والثعلب إذا أسرع ، كذا في «المغرب» .

قـوله فـسرق فيـها تفسير قـوله أغـار . وقـال الأترازي : لفظ أغار له وجه بأن يدخل اللص مكابرة بالليل جهرًا ويخرج المال فإنه يقطع لوجود الخفية عن عين سائر الناس ، انتهى .

قلت : فيه ما فيه ، لأن السرقة أخذ مال في خفية وحيلة ، فكذلك سمى السارق به ، لأنه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرة ومبادرة . وإذا حملنا معنى أغار على مـا نقله الكاكي من المغـرب لا يتـوجه شيء ، ويحصـل المقصـود م : (**من أهل المقـاصيـر على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن كل مقصـورة . . . إلى آخره .

م : (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخـذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما**) ش: إلى هنا لفظ القدوري ، أي على الداخل والخارج . وقال مالك : إن كانا متعاونين قطعا ، وإن أقر كل واحد بفعل لم يقطعا .

وقال الشـافعي : إن انفـرد الخـارج بالأخـذ يقطع وبه قـال أحـمـد . وقـال المصنف : م: (**لأن الأول لم يوجد مـنه الإخراج لاعـتـراض يد مـعـتبرة عـلى المال قبل خروجـه ، والثاني لم يوجـد منه هتك الحـرز ، فلم تتم السـرقة من كل واحـد وعن أبي يوسف -رحـمه الله -: إن أخـرج الداخل يده فناولهـا الخارج فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخـارج يده فتناولها من يد الداخل فعليـهما القطع ، وهي بناء**) ش: أي مسألة نقب البيت وإدخال اليد فيه بينته م :(**على مـسـألة تأتي بعـد هذا**) ش: هي مسألة إلقائه في الطريق .

كذلك قال شيخي العلاء . قوله م: (**وإن ألقاه**) ش : متصل بما قبله ، أي وإن ألقى المتاع م: (**في الطريق ثم خرج فأخذه قطع**) .

وقال زفر : لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع . كما لو خرج ولم يأخذ ، وكذا الأخذ من السكة، كما لو أخذه غيره ، ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع ، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار، ولم تعترض عليه يد معتبرة ، فاعتبر الكل فعلاً واحداً ، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . وكذلك إذا حمله على حمار فساقه وأخرجه ، لأن سيره مضاف إليه لسوقه ، وإذا دخل الحرز جماعة فتولى الأخذ بعضهم قطعوا جميعاً . قال هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر -رحمه الله- ؛ لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به . ولنا أن الإخراج من الكل معنى

م: (وقال زفر : لا يقطع ، لأن الإلقاء غير موجب للقطع ، كما لو خرج ولم يأخذ ، وكذا الأخذ من السكة) ش: أي وكذا أخذه من السكة أي أخذ سارق المال من السكة حيث لا يقطع عند زفر-رحمه الله - م : (كما لو أخذه غيره) ش : أي من السكة عليه القطع .

م : (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة) ش: لأنه خرج ويده ثابتة عليه ، وهذا جواب عن قول زفر-رحمه الله - كما لو أخذه غيره ، فإن هناك اعتراض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط يد الحاكمة للسارق . وحاصله أن هذا السارق ثبت عليه بالأخذ كما مثله أن يد السارق بغيره ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق ولم تدل يده حكمًا لعدم اعتراض الأخرى على يده م : (فاعتبر الكل) ش: أي إلقاءه في الطريق ثم أخذه م : (فعلاً واحدًا) ش: كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد ، كذلك هنا .

م : (وإذا خرج) ش : أي السارق من الدار م: (ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق) ش: فلا قطع عليه م: (وكذلك إذا حمله على حمار فساقه وأخرجه) ش: أي يقطع ، به قالت الأئمة الثلاثة م : (لأن سيره) أي سير الحمار م: (مضاف إليه لسوقه)ش : وقال في خلاصة الفتاوي : ولو ذهب السارق إلى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء به إلى منزله . وقال أيضًا : رجل دخل الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج وأخذه وإن كان للماء قعرة أخرجه بنفسه لا يقطع ، وعند الثلاثة يقطع . وفي «مبسوط شيخ الإسلام» : وهو وإن لم يكن للماء قعرة إخراج المتاع ، لكنه أخرجه بتحريك يقطع . وفي مبسوط أبي البر :ولو علقه على عتق كلب فزجره يقطع. ولو خرج من غير زجر لا يقطع ،وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله - في وجه .

(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى الأخذ بعضهم قطعوا جميعًا) ش: هذا لفظ القدوري م: (قال) ش : أي المصنف : -رحمه الله - م :(هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر- رحمه الله -) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م:(لأن الإخراج وجد منه) ش: أي من الحامل م: (فتمت السرقة به) ش: أي الحامل م: (ولنا أن الإخراج من الكل معنى) ش: أي من حيث المعنى

للمعاونة كما في السرقة الكبرى ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع، فإذا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد . قال : ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع . وعن أبي يوسف -رحمه الله- في الإملاء أنه يقطع ، لأنه أخرج المال من الحرز ، وهو المقصود ، فلا يشترط الدخول فيه . كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي . ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول ، وقد أمكن اعتباره ،

لكونهم ردوا للحامل م :(للمعاونة) ش : أي لأجل معاونتهم للحامل ، لأن عادتهم بأن يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعوا صاحب المال إذا انتبه فيكون الإخراج من الجميع لما ذكرنا م: (كما في السرقة الكبرى) ش: وهي قطع الطريق إذا باشر بعضهم القطع وأخذ المال والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم دالة ، فكذا هنا .

م: (وهذا) ش: إشارة إلى أن الإخراج من الكل معنى م: (لأن المعتاد فيما بينهم) ش: أي فيما بين السراق م: (أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع) ش: أي دفع من يعترض لهم صاحب البيت أو غيره م: (فإذا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) ش: أي فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود . قالوا : هذا إن كان الحامل من أهل القطع عند الانفراد .

أما إذا كان صبيًا أو مجنونًا لا قطع عليهم بالإجماع ،وإن كان الحامل بالغًا ، ولكن فيهم صبي أو مجنون لم يجب القطع عليهم أيضًا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - لتمكن الشبهة في فعل واحد منهم ، فلا يجب على الباقين ، وعند أبي يوسف -رحمه الله - يجب القطع على الحامل وغير الصبي والمجنون ، كذا في «الذخيرة ». م: (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئًا لم يقطع) ش: الصبي والمجنون ، وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا م:(وعن أبي يوسف -رحمه الله - في «الإملاء» أنه يقطع ، لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود) ش: أي المقصود إخراج المال من الحرز م: (فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي) ش: وفي بعض النسخ وأخرج الغطريفي وهو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد -رحمه الله - وهو الدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي -رحمه الله - .

م: (ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) ش: لوجود القطع م: (تحرزًا عن شبهة العدم) ش: أي عدم هتك الحرز م: (والكمال في الدخول) ش: أي الكمال في هتك الحرز الدخول ، أي في البيت م: (وقد أمكن اعتباره)ش: أي اعتبار الدخول في البيت .

والدخول وهو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول ، وبخلاف ماتقدم من حمل البعض المتاع؛ لأن ذلك هو المعتاد وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع ، وإن أدخل يده في الكم قطع ؛ لأن في الوجه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر، فلم يوجد هتك الحرز ، وفي الثاني الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرزاً إما بالكم أو بصاحبه

م: (والدخول) ش: أي في البيت م: (وهو المعتاد) ش: في هتك الحرز م: (بخلاف الصندوق) ش: جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي م:(لأن الممكن فيه)ش: أي في الصندوق م: (إدخال اليد دون الدخول) ش: فإنه غير ممكن فيتم هتك الحرز بإدخال اليد والإخراج منه .

م: (وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع) ش: أي بعض القوم دون البعض ، وهذا أيضًا جواب عما يقال لو كان الكمال في هتك الحرز شرطًا تحرزًا عن شبهة القطع لما وجب القطع فيما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض ، لأن فيه شبهة العدم ، فأجاب بقوله م: (لأن ذلك هو المعتاد) ش: بين السراق إذا كانوا جماعة م: (وإن طر صرة) ش: الطر ومنه الطرار والصرة الهميان والجراد من الصرة هنا الكم المشدودة في الدراهم . وقال الأكمل : الطرار هو الذي يطر الهميان أي يشفها ويقطعها ، والصرة وعاء الدراهم ، يقال طررت الصرة ، أي شددتها م:(خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم قطع ؛ لأن في الوجه الأول الرباط من خارج ، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر ، فلم يوجد هتك الحرز) ش: فلا قطع .

م: (وفي الثاني) ش: أي في الوجه الثاني م: (الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز، وهو الكم) ش: فيقطع ، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه ، بل هو محمول على الصورة الثانية ، وهي إذا أدخل يده في الكم فنظرها .

م: (ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الأخذ في الوجهين) ش: أي من الخارج والداخل م: (ينعكس الجواب) ش: يعني فيما إذا كان الرباط خارج الكم يقطع ، لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكم لوقوعها في الكم . ولو كان الرباط داخل الكم لا يقطع ، لأنه لما حل الرباط من داخل الكم فكان أخذها من خارج الكم فلا يقطع ، لأنه لم يهتك الحرز ، ولم يأخذ منه شيئًا ، وهذا معنى قوله م: (لانعكاس العلة وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرز) ش: أي لأن المال محرز م: (إما بالكم أو بصاحبه) ش: أي في الكم ، ففي صورة طرها

قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده ، وإنما قصده قطع المسافة والاستراحة فأشبه الجوالق ، وإن سرق من القطار بعيراً أو جملاً لم يقطع ، لأنه ليس بمحرز مقصوداً ، فتتمكن شبهة العدم ، وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ، ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع . وإن شق الحمل وأخذ منه

خارج الكم ، وأما بصاحبه ففي صورة طرها دخل الكم . م: **(قلنا : الحرز هو الكم لأنه)** ش: أي لأن صاحب المال م: **(يعتمده)** ش: أي يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال م: **(وإنما قصده)** ش: أي قصد صاحب المال م: **(قطع المسافة)** ش: في المشي م: **(والاستراحة)** ش: في القعود م: **(فأشبه الجوالق)** ش: أي فأشبه الكم الجوالق -بضم الجيم- وهو اسم للواحد ، وجمعه الجوالق بفتح الجيم كالسرادق ، كذا أخبرنا الشيخ -رحمه الله- .

وقال الكاكي في قوله فأشبه الجوالق ، لأنه لا يخلو إما أن يكون صاحب المال في حالة المشي أو في غير حالة المشي ، فإذا كان الأول فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الاستراحة لا حفظ المال والمقصود وهو المعتبرفي هذا الباب .

ألا ترى أن من سرق الجوالق الذي على إبل يسير فأخذ المال منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق ، فكان السارق منه هاتكًا للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع ، وكذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يقطع ؛ لإذن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ ، وإنما يقصد به الرعي والحفظ ، بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بنيت لها وعليها باب مغلق ، فأخرجها منه يقطع ، لأنها بنيت لأجل حفظ الغنم . كذا في «المحيط» .

وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع ، وما كان غائبًا من نظره ، فإن كان نائمًا أو مشغولاً فليست بمحرزة ، وعندهم لو أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقررة .

م: **(وإن سرق من القطار بعيرًا أو جملاً لم يقطع ، لأنه ليس بمحرز مقصودًا ، فتتمكن شبهة العدم)** ش: أي عدم الحرز ، وعند الأئمة الثلاثة لو سرق واحدًا من الجمال أو واحدًا من الأجمال أو شق وأخذ شيئًا يقطع في الكل ؛ لأن الكل محرز بالحافظ ، وهو القائد أو السائق أو الراكب إذا لم يكن نائمًا عليه له يقطع ، فإن كان نائمًا عليه لم يقطع .

م: **(وهذا)** ش: أي عدم القطع م: **(لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ ، قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه**

قطع، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع وإن سرق جولقاً فيه متاع وصاحبه عنده يحفظه ، أو نائم قطع ، معناه إذا كانت الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه ، حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده ، والنوم عليه يعد حفظاً عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل . وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه ، أو حيث يكون حافظاً له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار .

قطع ، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) .

م: (وإن سرق جوالقًا فيه متاع وصاحبه عنده يحفظه أو نائم قطع . معناه) ش: أي معنى قول محمد ، لأنه مسألة من مسائل« الجامع الصغير» م:(إذا كانت الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه) ش: كالمغادر م: (حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده ، والنوم عليه يعد حفظًا عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل) ش: أي من قبل ورقة وهو قوله؛ لأنه يعد النائم عند متاعه حافظًا.

م: (وذكر في بعض النسخ) ش: أي ذكر في بعض نسخ «الجامع الصغير» وأراد به فخر الإسلام م: (وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظًا له) ش: يعني لم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه ، بل قال : أو حيث يكون حافظًا له.

م: (وهذا) ش: أي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله حيث يكون حافظًا له م: (يؤكد ما قدمناه من القول المختار) ش: بعد ما تقدم من كون المتاع عنده أو تحته ، وهو قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظًا إلى قوله والصحيح .

***

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال : وتقطع يمين السارق من الزند ويحسم ، فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- ومن الزند ، لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل متيقن به . كيف وقد صح أن النبي ﷺ أمر بقطع يد السارق من الزند ، والحسم لقوله عليه السلام :

م: **(فصل في كيفية القطع وإثباته)**

ش: أي هذا فصل في بيان كيفية قطع يد السارق ، وفي بيان إثبات القطع .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وتقطع يمين السارق من الزند)** ش: وقالت الخوارج : من المنكب لظاهر النص ، إذ اليد من المنكب رؤوس الأصابع . وقال بعض الناس : بقطع الأصابع فقط ، لأنها آلة البطش ومحل الجناية .

قلنا : هذا مخالف بالنص والمنصوص قطع اليد لا الأصابع والزند موصل طرف الذراع من الكف . وقال تاج الشريعة : الزند عظم الساعد .

وفي «الصحاح» الزند موصل طرف الذراع ، وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسع طرف الزند الذي يلي الخنصر .

م: **(ويحسم)** ش: على صيغة المجهول من الحسم ، وهو الكي لينقطع الدم يقال حسم العرق إذا كواه بحديدة محماة . وفي الطبلة والمغرب والمغني لابن قدامة الحنبلي وهو أن يغمس في الدهن الذي أغلى .

م: **(فالقطع لما تلوناه من قبل)** ش: يعني قوله تعالى: ﴿ السارق والسارقة ﴾ ..... الآية (المائدة : الآية ٣٨) ، م: **(واليمين)**ش: أي قطع يراد اليمين م: **(بقراءة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -)** ش: فقطعوا أيمانهما ، وهي قراءة مشهورة جاءت الزيادة بها على الكتاب م: **(ومن الزند)**ش: أي يقطع من الزند م: **(لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط)**ش: حاصله أن اليد قد تكون من المنكب .

وقد تكون من المرفق ، وقد تكون من الرسغ ، فإذا أطلق إلى الإبط باستعمال العرب واللغةوالشرع ، ولكن زال هذا ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة وإجماعهم على أن هذا القدر ، وهو متيقن به ، أشار إليه المصنف بقوله م: **(وهذا المفصل)** ش: الرسغ م: **(متيقن به)** ش: أي في كونه موضع القطع لإرادة الرسغ على تقدير إرادة أي المفصل كان من مفاصل اليد .

م: **(كيف)** ش: أي كيف لا يكون هذا المفصل متيقنًا به م: **(وقد صح أن النبي ﷺ أمر بقطع يد السارق من الزند)** ش: وروى ابن عدي في «الكامل» بإسناده عن مجاهد عن عبد الله بن عمرو

«فاقطعوه واحسموه» ، ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف ، ولو سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم يقطع ، ويخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ويعزر أيضاً ذكره المشايخ -رحمهم الله-

---

قال : « قطع النبي ﷺ سارقًا من المفصل» [1] . وروى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « **كان صفوان بن أمية بن خلف نائمًا في المسجد وثيابه تحت رأسه ، فجاء سارق فأخذها فأتى به رسول الله ﷺ ... الحديث** » [2] . وفي آخره : ثم أمر بقطعه .

م: (**والحسم**) ش: عطف على قوله فالقطع م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**فاقطعوه واحسموه**) ش: هذا أخرجه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة -رضي الله عنه- «**أن النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة ، فقال عليه السلام : ما أخاله سرق ، قال السارق : بلى يا رسول الله ، قال : فاذهبوا به واقطعوه ثم احسموه .... الحديث**» [3] . وقال الكاكي : صحيح على شرط مسلم .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن السارق م: (**لو لم يحسم**) ش: بعد القطع م: (**يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف**) ش: ألا ترى أنه لا يقطع في الحر الشديد والبرد الشديد ، وعند شدة المرض توقيًا عن الهلاك وتمس الوهن على السارق عندنا ، وبه قال مالك والشافعي في وجه ، وقال في وجه بيت المال .

م: (**ولو سرق ثانيًا**) ش: يعني بعد قطع يده اليمين م: (**قطعت رجله اليسري**) ش: من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر -رضي الله عنه- كذلك . وقال أبو ثور والرافضة : يقطع من نصف القدم من معقد الشراك م: (**فإن سرق ثالثًا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب**)

ش: قال صاحب النافع : حتى يتوب أو يظهر عليه سيما رجل صالح م: (**وهذا**) ش: أي عدم القطع في المرة الثالثة م: (**استحسان ويعزر أيضًا ، ذكره المشايخ - رحمهم الله-**) ش: أي ذكروا التعزير ، وقد روى ابن رستم عن محمد أن التعزير مع الحبس ، وقد روي عن علي -رضي الله عنه- أنه ضرب وحبس في المرة الثالثة .

---

(١) ابن عدي في « الكامل» (٣/ ٣٨) ، راجع ترجمة أحمد بن عيسى المعروف بابن الوشاء في اللسان (١/ ٢٤٢).

(٢) الدارقطني (٣/ ٢٠٤).

(٣) الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٨١) .

وقال الشافعي -رحمه الله- : في الثالثة يقطع يده اليسرى ، وفي الرابعة: يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام : « من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه » ويروى مفسراً كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية ،بل فوقها ، فتكون أدعى إلى

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله : في الثالثة**) ش: أي في السرقة الثالثة م: (**يقطع يده اليسرى ، وفي الرابعة: يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من سرق فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود عن مصعب بن ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر قيل : «**جيء بسارق إلى النبي ﷺ فقال : اقتلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق ، فقال : اقطعوه ، فقطع ، ثم جيء به الثالثة فقال: اقتلوه ، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق قال: اقطعوه فقطع ، ثم جيء به الرابعة فقال :اقتلوه ، قالوا :يا رسول الله إنما سرق مالاً . قال: اقطعوه فقطع ، ثم جيء به في الخامسة فقال: اقتلوه ، قال جابر :فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في البئر ورمينا عليه الحجارة »**[1] وقال النسائي حديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوى في الحديث .

م: (**ويروى مفسراً كما هو مذهبه**) ش: أي يروى هذا الحديث مفسراً كما هو مذهب الشافعي ، قال الأكمل في حديث أبي هريرة : « إن النبي ﷺ قال في المرة الأولى تقطع يده اليمنى ، وفي الثانية الرجل اليسرى ، وفي الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى ، انتهى .

قلت : حديث أبي هريرة هذا رواه الدارقطني بغير هذا اللفظ ، فإنه أخرجه عن الواقدي عن أبي ذئب عن خالد بن سلمة رواه عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « **إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله** »[2] ، وللواقدي فيه مقال .

وبقول الشافعي قال مالك : وفي المرة الخامسة عندهما يحبس ويعزر . وحكي عن عطاء وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان -رضي الله عنهم- أنه يقطع في المرة الثالثة يده اليسرى . وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة في حديث جابر الذي مضى عن قريب .

م: (**ولأن الثالثة**) ش: أي ولأن الثالثة م: (**مثل الأولى**) ش: أي مثل السرقة الأولى م: (**في كونها جناية بل فوقها**) ش: أي بل فوق الأولى ، لأنها لعدم تقدم الزواجر م: (**فتكون أدعى إلى**

---

(١) أبو داود في الحدود « باب السارق يسرق مراراً » [٤٤١٠] . وقال النسائي : حديث متكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث .

(٢) الدارقطني في الحدود (٣/ ١٠٣) .

شرع الزاجر . ولنا قول علي-رضي الله عنه - فيه : إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها ، وبهذا حاج بقية الصحابة -رضي الله عنهم - فحجهم فانعقد إجماعاً ، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة ،

شرع الزاجر) ش: أي فتكون الثالثة أدعى إلى مشروعية الزاجر ، لأنها بعد تكرار الزاجر .

م: (ولنا قول علي - رضي الله - فيه) ش: أي قول علي بن أبي طالب -رضي الله عنه - في قطع الثالثة م: (إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها) ش: هذا رواه محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» . وأخبرنا أبو حنيفة الإمام عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه -قال : إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد ضمن السجن حتى يحدث خيرًا ، إني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ، ورجل يمشي عليها ، ومن طريق محمد بن الحسن رواه الدارقطني في سننه .

م: (وبهذا) ش: أي بقوله هذا م: (حاج بقية الصحابة - رضي الله عنهم) ش: أي حاجج معهم في هذا ، رواه سعيد بن منصور حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب أتي برجل مقطوع اليد ، والرجل قد سرق ، فقال لأصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال قتلته إذًا وما عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ، بأي شيء يتوضأ للصلاة ، بأي شيء يغتسل من الجنابة ، بأي شيء يقوم على حاجته فرده إلى السجن أيامًا ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول ، فقال لهم مثل ما قال في الأول فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله م: (فحجهم) ش: أي تعليم لهذا فلم يرد عليه أحد منهم بعد هذا . م: (فانعقد إجماعًا) ش: لأنه يحتج عليهم بالنص في الباب ، قال : إنه لا يغن فيه ، إذ لو ثبت التعليم لأنه يبنى على الشهود ولو بلغهم لاحتجوا به .

فإن قيل : ليس اليد اليسرى محله لظاهر الكتاب والإجماع على خوف الكتاب .

قلنا : لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليسرى عن كونها من الحد ، كمن قال لآخر أعتق عبدًا من عبيدي ثم قال عنيت سالمًا فيخرج غيره ، ولأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن قطع غير اليد اليمنى والرجل اليسرى م: (إهلاك معنى) ش: أي من حيث المعنى م: (لما فيه من تفويت جنس المنفعة) ش: وفي «المبسوط» يقطع ببقاء منافعه ، ولهذا تعلق مطلق لليد في العبد قيمة النفس .

ولا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفارة ، فعرفنا أنه استهلاك حكمًا ، وفيه شبهة

والحد زاجر ، ولأنه نادر الوجود ، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص ، لأنه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً لحقه ، والحديث طعن فيه الإمام الحافظ أبو جعفر الطحاوي -رحمه الله- أو نحمله على السياسة . وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً ، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا ، وكذا إن كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان منها سوى الإبهام ، لأن قوام البطش بالإبهام ،

الإتلاف ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات م: (**والحد زاجر**) ش: أي لا متلف .

م: (**ولأنه نادر**) ش: أي ولأن وجود الزجر متكرر نادر م: (**الوجود**) ش: لأنه فقد الزاجران م: (**والزجر فيما يغلب**) ش: وجوده م: (**بخلاف القصاص**) ش: جواب سؤال مقدر تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف قصر منه الإجماع ، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود؛ لأنه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ، ورجل يمشي عليها ، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وأجاب بخلاف القصاص ، يعني حكم القصاص بخلاف حكم هذا م: (**لأنه**) ش: أي لأن القصاص م: (**حق العبد فيستوفي**) ش: حقه م: (**ما أمكن**) ش: لأن في حق العبد تراعى المماثلة بالنص م: (**جبراً لحقه**) ش: أي لأجل جبر حقه بالاستيفاء مثل حقه .

م: (**والحديث**) ش: أي الحديث الذي احتج به الشافعي م: (**طعن فيه الإمام الحافظ أبو جعفر الطحاوي- رحمه الله**) ش: فقال : تتبعنا هذه فلم نجد لشيء منها أصلاً ، وطعن فيه النسائي أيضًا وغيره من الثقات م: (**أو نحمله**) ش: أي نحمل الحديث المشهور المذكور م: (**على السياسة**) ش: وهذا جواب بطريق التسليم .

م: (**وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع**) ش: أي أو كان أقطع م: (**أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع**) ش: وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية تقطع يمينه ، ولا يمنع ذلك النقصان من قطع يمينه م: (**لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشًا**) ش: يعني من حيث البطش ، وهو لأخذ القوى باليد إن كانت يده اليسرى مقطوعة م: (**أو مشيًا**) ش: يعني من حيث المشي إن كانت رجله اليمنى كذلك .

م: (**وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله لأن فيه تفويت جنس المنفعة م: (**وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء**) ش: أي أو كانت شلاء يقطع م: (**أو الأصبعان منها سوى الإبهام**) ش: أو كانت الأصبعان من اليد اليسرى سوى الإبهام مقطوعين لم يقطع أيضًا ، لأن الأصبعين ينزلان منزلة الإبهام ، وقوله م: (**لأن قوام البطش بالإبهام**) ش: أي لبطش بالإبهام تعليل لقوله ، وكذلك إذا كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء .

فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع؛ لأن فوت الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ، بخلاف فوات الأصبعين لأنهما ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش . وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأً ، فلا شيء عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد . وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً، وهو القياس . والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد ، وأما الخطأ في معرفة اليمين أو اليسار فلا يجعل عذراً ،

م: (**فإن كانت أصبع واحدة**) ش: يعني من اليد اليسرى م: (**سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت الواحدة**) ش: أي الأصبع الواحدة م: (**لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ، بخلاف فوات الأصبعين ، لأنهما ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش**) ش: وقال تاج الشريعة : فإن كان أصبع واحدة إلى العشرة فرق بين هذا وبين الكفارة، فإن العبد إذا كان مقطوع أحد اليدين أو الرجلين أو الإبهام أو الأصبعين فأعتقه عن الكفارة يجزئه، لأن قطع الإبهام إهلاك من وجه ، فأقيم الإهلاك في حقه مقام الإهلاك من كل وجه احتيالاً لدرء القطع، أما الكفارة فلا يحتال فيها فلا يقام الإهلاك من وجه مقام الإهلاك من كل وجه .

م: (**وإذا قال الحاكم للحداد**) ش: أي الذي يقيم الحد كالجلاد الذي يقيم الجلد ، كذا في المغرب م: (**اقطع يمين هذا في سرقة سرقها**) ش: قيد بقوله يمين هذا ؛ لأنه لو قال اقطع يد هذا فقطع الحداد يساره لا ضمان عليه بالاتفاق م: (**فقطع يساره عمداً أو خطأً فلا شيء عليه**) ش: أي على الحداد م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: سواء قطعه عمدًا أو خطأً ، ولكن يثوب الحداد ، وبه قال أحمد .

م: (**وقالا**) ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد : م: (**لا شيء عليه**) ش: أي على الحداد إذا كان م: (**في الخطأ ويضمن في العمد**) ش: أرش اليسار م: (**وقال زفر : يضمن في الخطأ أيضًا**) ش: يعني يضمن الأرش ، وعند الشافعي في العمد يجب القصاص عليه ، وبه قال مالك ؛ لأنه قطع بغير حق فوجب عليه القود. ولو قال : أخطأت وظننت أنه اليسار فعليه الدية ؛ لأن الخطأ غير مرفوع في حق العباد ، ولو بادر رجل فقطع اليمين بغير إذن الإمام ، فلا شيء عليه بالإجماع ، ولكن يؤدبه الإمام على ذلك ؛ لأنه أساء الأدب حيث قطع بغير إذن الإمام كذا في «المبسوط» م: (**وهو القياس**) ش: أي قول زفر، وهو القياس م: (**والمراد بالخطأ**) ش: أي المراد من الخطأ الذي لا شيء عليه م: (**هو الخطأ في الاجتهاد**) ش: يعني في قوله تعالى : ﴿ **فاقطعوا أيديهما** ﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين .

م: (**وأما الخطأ في معرفة اليمين أو اليسار فلا يجعل عذراً**) ش: لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر ، وهذا موضع الاشتهار ، لأن كل واحد يميز بين اليمين واليسار، وإليه

وقيل يجعل عذراً أيضاً . له أنه قطع يداً معصومة ، والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ، قلنا إنه أخطأ في اجتهاده ، إذ ليس في النص تعيين اليمين ، والخطأ في الاجتهاد موضوع ، ولهما أنه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل له ، لأنه تعمد الظلم فلا يعفى ، وإن كان في المجتهدات ، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة . ولأبي حنيفة -رحمه الله- : أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه ، فلا يعد إتلافاً ، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع ،

ذهب فخر الإسلام م: (**وقيل يجعل عذرًا أيضًا**) ش: فلا يضمن ، لأنه بنى أمره على دليل شرعي . كذا في «الكافي» .

وقيل: اجتهد في جواز قطع اليسرى نظرًا إلى إطلاق النص هكذا رأيت بخط شيخي العلاء -رحمه الله- .

م: (**له**) ش: أي لزفر م: (**أنه**) ش: أي أن الحداد م: (**قطع يداً معصومة**) ش: ولهذا لو قطع غير الحداد يضمن كما لو رمى صيداً فأصاب إنسانًا يضمن م: (**والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها**) ش: أي الدية م: (**قلنا : إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين**) ش: لأن النص مطلق م: (**والخطأ في الاجتهاد موضوع**) ش: أي شرعًا . م: (**ولهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أنه**) ش: أي أن الحداد م: (**قطع طرفًا معصومًا بغير حق**) ش: لأن الحق في اليمين وهو أيضًا لم يقطع يسار أحد ليكون حق قطع اليسار قصاصًا م: (**ولا تأويل له**) ش: أي للحداد فيما فعله م: (**لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات**) ش: واصل بما قبله ، إذ المجتهد لا يقدر في الظلم عمداً كالباغي إذا أتلف مال العادل م: (**وكان ينبغي أن يجب القصاص**) ش: لأنه قطع ما ليس بمحل م: (**إلا أنه امتنع**) ش: أي إلا أن القصاص امتنع م: (**للشبهة**) ش: أي لأجل الشبهة الثابتة من إطلاق النص ، وإن كانت اليمين ثبتت بقراءة ابن مسعود -رضي الله عنه - ، ولكن تبقى شبهة اليسار الداخل تحت اسم اليد ، فالشبهة تكفي لدرء القصاص، بخلاف ضمان الأموال .

م: (**ولأبي حنيفة- رحمه الله- أنه أتلف**) ش: حيث قطع اليسار م: (**وأخلف من جنسه**) ش: أي من جنس المقطوع م: (**ما هو خير منه**) ش: وهو اليمين ؛ لأن منفعة اليمين صارت على شرف الزوال فيكون كالغائب من حيث الاعتبار م: (**فلا يعد إتلافًا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع**) ش: حيث لا يضمن ، وبقولنا قال الشافعي - في الأصح - وأحمد . وقال مالك والشافعي في قول : يقطع ؛ لأنه وجب قطعها فلا يسقط بالجناية على غيرها .

فإن قيل : اليمين لم يحصل له سبب القطع ، بل كان حاصلاً له قبل ذلك والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بسبب حصل به الإتلاف كما في مسألة الشهادة ونقصان

وعلى هذا لو قطعه غير الحداد فلا يضمن أيضاً ، هو الصحيح ، ولو أخرج السارق يساره ، وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه ، أي السارق ضمان المال ، لأنه لم يقع حداً وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة

الولادة ، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن .

قلنا : اليمين من حيث الاعتبار ، ولا يلزم ما إذا جدع أنفه ؛ لأنه ما أخلف عما أتلف أو عيناه لم تقطع .

فإن قيل : لو قطع رجله اليمنى يضمن ، وقد أتلف وأخلف عوضًا وهو اليمين لا يقطع حينئذ .

قلنا : لا رواية فيه فيمنع ، ولئن سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى تعليل أبي حنيفة وهو أنه أتلف والخلف من جنسه خير منه م: (**لو قطعه**) ش: أي لو قطع يد السارق م: (**غير الحداد فلا يضمن أيضًا**) ش: لأنه أتلف وأخلف خيرًا منه ، لأن يمناه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره أو غيره بعد القضاء ذكره فخر الإسلام في جامعه م: (**هو الصحيح**) ش: احترز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه : ولو قطع غيره يده اليسرى . فإن في العمد القصاص ، وفي الخطأ الدية . وسقط القطع عنه في اليمين، لأنه لو قطع إلى الاستهلاك ، ويرد السرقة إن كان قائمًا وعليه ضمانه في الهالك .

م: (**ولو أخرج السارق يساره ، وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن بالاتفاق ، لأنه**) ش: أي لأن الحداد م: (**قطعه بأمره**) ش: أي قطع يساره بأمر السارق فلا يضمن ، كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون يده مستحقًا للقطع بالسرقة فهذا أولى م: (**ثم في العمد عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**عليه**) ش: أي على السارق م: (**ضمان المال**) ش: أي مال المسروق منه .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن قطع يساره م: (**لم يقع حدًا**) ش: وإنما خص أبا حنيفة بالذكر ، وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعًا لمن عسى أن يتوهم أن قطع السارق وقع حدًا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيقانًا بأن القطع لم يقع حدًا إذ القطع حدًا والضمان لا يجتمعان ، وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرًا لا باعتبار أن القطع وقع حدًا ، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدًا لا تحل له فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدًا .

م: (**وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة**) ش: أي على طريقة أن القطع لم يقطع ؛ لأنه إذا لم يقع حدًا لا يوجد ما بينا في الضمان والمقتضى ، وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة م:

وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن . ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومة شرط لظهورها . ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي -رحمه الله- في الإقرار لأن الجناية في مال الغير لاتظهر إلا بخصومة صاحب المال ، وكذا إذا غاب عند القطع لا يقطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود . وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ،

(**وعلى طريقة الاجتهاد**) ش: أي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد م: (**لا يضمن**) ش: أي السارق لا يضمن المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع لا يجتمعان .

م: (**ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومة شرط لظهورها**) ش: أي لظهور السرقة ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر وابن أبي ليلى وأبو بكر الحنبلي لا تشترط المطالبة لظهورها لعموم الآية ، كما في حد الزنا .

قلنا : السرقة جناية على مالك بغير إذنه ولم تثبت الجناية إلا بمطالبة ذلك ، إذ بالمطالبة يظهر عدم الإباحة إذ لو لم يحضر عليه تمكن فيه شبهة الإباحة ، إما بإباحة الملك أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعًا لهذه الشبهة . أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه الشبهة ، وعلى هذا الخلاف إذا غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمد خلافًا لهم ، لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود .

م: (**ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافًا للشافعي - رحمه الله - في الإقرار**) ش: وهذا وجه في قوله ، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة م: (**لأن الجناية في مال الغير لا تظهر إلا بخصومة صاحب المال**) ش: قيل : إن معنى قوله إن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها ، فيكون فيه توهم التكرار . ورد بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثاني لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد فافهم .

م: (**وكذا إذا غاب عند القطع**) ش: أي المسروق منه عند القطع م: (**لا يقطع عندنا ، لأن الاستيفاء**) ش: أي استيفاء القطع م: (**من القضاء في باب الحدود**) ش: فإذا قطع قبل حضوره يكون باستيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز م: (**وللمستودع**) ش: بفتح الدال ، أي الذي عنده الوديعة م: (**والغاصب وصاحب الربا**) ش: صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهمًا وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته . وكذا المستودع والغاصب ، وهو معنى قوله م: (**أن يقطعوا السارق منهم**) ش: أي من هؤلاء الثلاثة ، فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة ، وقال الأكمل : ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا ، فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولاية ، فلا

وكذا الوديعة يقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع . وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المذكورين ، إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين؛ أو بعده

يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمنسوب منه ، لأن الملك لهما باق .

م: (**وكذا الوديعة يقطعه أيضًا ، وكذا المغصوب منه**) ش: لأن الملك لهما باق م: (**وقال زفر والشافعي - رحمهما الله : لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع**) ش: لأن شبهة الإذن بالأخذ والتملك قائمة من المالك ، فالقطع لا يجب بالشبهة م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بيننا وبين زفر والشافعي م: (**المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع**) ش: بفتح الضاد مستعمل، وإن كان الصواب كسر الضاد م: (**والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك**) ش: كمتولي الوقف والأب والصبي فيقطع السراق منهم، لأن هذا سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حق هؤلاء في الانتفاع واليد كالمالك .

م: (**ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المذكورين**) ش: يعني لو سرق سارق من أحد من هؤلاء وخاصم المالك يقطع لقيام ملكه م: (**إلا أن الراهن**) ش: استثناء منقطع ، وقد اختلف نسخ الهداية فيه ، ففي بعضها إلا أن الرهن م: (**إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن**) ش: أي المرهون في يد السارق م: (**قبل قضاء الدين أو بعده**) ش: وفي بعض النسخ حال قيام الرهن بعد قضاء الدين .

قال الكاكي : والصحيح من النسخ بعد قضاء الدين بدونه قيل : لما إنه ذكره في «المحيط» .

و في «الإيضاح» لو سرق من المرتهن له أن يقطعه لا للراهن ؛ لأنه لا سبيل للراهن على أخذ الرهن .

ثم قال : وإن قضى الدين فله أن يقطعه ، لأن له أن يأخذ الرهن حينئذ ، وقد نقل عن ابن المصنف أنه قال : كان في نسخة المصنف بعد القضاء . وقال تاج الشريعة : قوله قبل قضاء الدين أو بعده .

قيل : فيه نظر ؛ لأنه ذكر في «الإيضاح» وليس للراهن أن يقطع السارق ؛ لأن حق القطع القبض من المرتهن . ولو قال الراهن للمرتهن ائت بالرهن لأقضي الدين ، فحينئذ له دلالة القطع بحق منه قبل القضاء ، هكذا رأيت في بعض المواضع ، فلو كان الحكم هكذا يخرج من النظر .

وقال الأكمل -رحمه الله - بعد أن ذكر في بعض النسخ بعد القضاء الشارحون نقلاً

لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه، والشافعي -رحمه الله- بناه على أصله إلا أنه خص منه لهؤلاء في الاسترداد عنده . وزفر -رحمه الله - يقول: ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ، فلا تظهر في حق القطع ، لأن فيه تفويت الصيانة . ولنا أن السرقة موجبة للقطع من نفسها ، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

وعقلاً، أما نقلاً فإنه موافق رواية الإيضاح وذكرناه، وأما عقلا فلأن السارق إنما يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد ، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ، انتهى .

قلت : فإنه ما قاله تاج الشريعة .

م: (**لأنه لا حق له في المطالبة بالعين دونه**) ش: أي لأن الراهن ليس له طلب العين المرهونة بدون قضاء الدين ، هذا ذكره شيخي . وقال الأكمل : والضمير في بدونه راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن ، فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين ، أحدهما قيام المرهون ، حتى لو هلك ولا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه ، والآخر قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ .

م: (**والشافعي - رحمه الله - بناه على أصله**) ش: أشار بهذا إلى أن الشافعي وزفر بعد أن اتفقا في الحكم المذكور كما مر قد اختلفا في ترجيح المناطة ، فالشافعي بناه على أصله م: (**إلا أنه خص منه لهؤلاء**) ش: أي المذكورين المستودع والمستعير إلى آخر ما ذكر م: (**في الاسترداد عنده**) ش: إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك ، وإذا لم يكن الاسترداد لا يلتفت إلى خصومتهم .

ولكن قال في «الوجيز» يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وبهذا قال في «شرح المجمع» وتركت الخلاف المذكور في المنظومة في أنه لا يقطع بالسرقة من يد المودع . وقال مالك : قطع من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير .

م: (**وزفر - رحمه الله - يقول : ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ**) ش: يعني ولايتهم لأجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ م: (**فلا تظهر في حق القطع ، لأن فيه**) ش: أي لأن في ظهور حق القطع م: (**تفويت الصيانة**) ش: لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوى القطع سقط الضمان ، فيكون فيه تضييع لا صيانة ، وهو مأذون بالحفظ والصيانة .

م: (**ولنا أن السرقة موجبة للقطع من نفسها وقد ظهرت**) ش: أي السرقة م: (**عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة**) ش: لأن خصومتهم م: (**معتبرة**) ش: لحاجتهم إلى الاسترداد ، لأن اعتبار خصومة الملك إلى إظهار السارق لإعادته إلى المحل لتحصيل أغراض متعلقة باليد .

مطلقاً ، إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع ، والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة استيفاء القطع ، فلم يعتبر ، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن ،فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة ،

وهو المعنى الموجود في حق هؤلاء ، أما المستأجر ،والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل والمرتهن والمودع لأجل الحفظ الملتزم والمتمكن من رده إلى المالك يخرجا عن عهدة الضمان م: (**مطلقًا**) ش: قاله لنفى قول زفر ، فإن خصومة هؤلاء عنده في حق الاسترداد دون القطع م: (**إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد**) ش: لإعادة اليد ، لأن اليد مقصودة في ذلك وهم في ذلك كالمالك، فإذا كان كذلك م: (**فيستوفي القطع**) ش: لأن الخصومة مطلقة لا لضرورة فقط كما قال زفر .

م: (**والمقصود من الخصومة**) ش: أي مقصود صاحب اليد من الخصومة م: (**إحياء حقه**) ش: أي حق المالك م: (**وسقوط العصمة**) ش: جواب عن قول زفر ، لأن فيه تفويت الصيانة ، تقريره أن سقوط العصمة م: (**ضرورة استيفاء القطع**) ش: يعني أن الإمام استوفى القطع حقًا لله تعالى ، فسقط الضمان ضرورة ، فلا يصير المودع مسقطًا للضمان ، فإذا كان سقوط الضمان من ضرورة القطع كان ضمنًا م: (**فلم يعتبر**) ش: لأن الضمنيات لا تعتبر .

م: (**ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر قبل هذا الاحتمال أنه لو حضر وأقر السارق بالمسروق فأجاب بقوله : ولا معتبر أي الاعتبار شبهة موهومة الاعتراض ، أي لتوهم اعتراض إقرار من المالك إذا حضر أن المؤثر شبهة يوهم وجودها في الحال ما لا يتوهم اعتراضها في المال .

م: (**كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن**) ش: وهو المودع بفتح الدال ، فإن فيه شبهة موهومة أيضًا ، وهو أن يحضر المؤتمن م: (**فإنه يقطع بخصومته**) ش: أي بخصومة المالك م: (**في ظاهر الرواية**) ش: احترز به عن رواية ابن سماعة ومحمد أن المالك ليس له أن يقطع حال غيبة المودع ؛ لأن السارق لم يسرق من المالك ، وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره م: (**وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله ، أي يقطع وإن كانت شبهة الإذن من المؤتمن في دخول الحرز ثابتة .

فإن قيل : القطع عقوبة يسقط بالشبهة ، فلا يثبت بخصومة المودع كالقصاص .

قلنا : القطع عقوبة يجب حقًا لله تعالى إجماعًا ، وإنما شرطت الخصومة ، بخلاف البيان إذ كما ليس للسارق ، لكن يعزه ، والمودع يملك هذه الخصومة بخلاف القصاص ، فإنه حق العبد .

وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه ،لم يكن له أن يقطع السارق الثاني ؛ لأن المال غير متقوم في حق السارق الأول ،حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ، فلم تنعقد موجبة في نفسها ، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية ، إذ الرد واجب عليه . ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعدما دريء الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول ، لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصار كالغاصب . لو سرقت سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع . وعن أبي يوسف-رحمه الله- أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة .

م: (**وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه**) ش: أي من السارق م: (**لم يكن له**) ش: أي للسارق م: (**ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني**) ش: وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقال الشافعي ومالك في قول : يقطع بوعوى المالك ، لأنه سرق نصابًا من حرز لاشبهة فيه سواء قطع السارق الأول أو لا . وذكر أصحاب الشافعي الخصم في قطع هذا السارق المالك لا السارق والغاصب .

قال صاحب «الحلية» : وعندي أن كل واحد من المالك والسارق والغاصب خصم م: (**لأن المال غير متقوم في حق السارق الأول ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها**) ش: أي فلم تنعقد السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وأيضًا أن يده لم تبق من الأيدى التي ذكرناها من ملك وديعة وخصومة ، ومن هذه في صفة لا تعتبر في القطع .م: (**وللأول**) ش: أي وللسارق الأول م: (**ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية إذ الرد واجب عليه**) ش: وليس له ذلك في رواية أخرى ، لأن يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة من أن يكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد .

م: (**ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول**) ش: أي السارق الأول م: (**أو بعد ما درئ الأول**) ش: أي أو سرق الثاني بعدما درئ القطع بشبهة م: (**يقطع بخصومة الأول**) ش: أي بسارق الأول م: (**لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصار كالغاصب**) ش: والدرء هنا بالشبهة كعدم القطع ، ولا فرق عند أحمد بين القطع وعدمه ، لأن يد السارق على المال لا يد أمانة ولا يد ملك ، فأشبه ما لو وجد ضائعًا .

م: (**ولو سرقت**) ش: أي مسروقة ، في نسخة ومن سرق م: (**سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع**) ش: في ظاهر الرواية .

م: (**وعن أبي يوسف- رحمه الله - أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة**) ش: بجامع أن القطع حق الله تعالى فلايحتاج فيه إلى الخصومة شرط الظهور ، فكذا ما بعد الارتفاع وقبله سواء .

وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة ؛ لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع الخصومة، وقد انقطعت الخصومة ، بخلاف ما بعد المرافقة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديراً . وإذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع ، معناه

م: (**وجه الظاهر**) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (**أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البينة**) ش: وفي «النهاية» في بعض النسخ بالواو ، أي ولأن البينة .

وقال الكاكي : ولكن نسخة شيخي بلا واو ، وقال هو الأصح . قلت : وكذا نسخة شيخي بلا واو .

وقال : هو الأصح . ثم كتب بخطه على حاشية الكتاب؛ لأن البينة م: (**إنما جعلت حجة**) ش: مع قيام احتمال الكذب م: (**ضرورة قطع الخصومة**) ش: فخصومة المالك شرط لإقامة البينة م: (**وقد انقطعت الخصومة**) ش: لزوال الملك قبل الارتفاع إلى الحاكم ، فلا تبقى البينة حجة بعد ذلك لانعدام الشرط ، وهذا الذي كتب إيضاحًا لما قاله المصنف ، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة فلا تبقى حجة .

م: (**بخلاف ما بعد المرافقة**) ش: يعني لو ردها بعد سماع البينة والقضاء يقطع ، وبعد السماع قبل القضاء يقطع استحسانًا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة م: (**لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها**) ش: قال الأترازي : لحصول مقصودها، الضمير راجع إلى الخصومة ، أي لحصول المقصود من الخصومة ، لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى المالك ، والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح ينفرد بالموت ، لا أنه يبطل لكن الخصومة تبطل . فأما تقدير الاستيفاء القطع ، وهو معنى قوله م: (**فتبقى تقديرًا**) ش: باعتبار قيام يده على المال ولو رده على ولده أو ذي رحم لم يكن في عيال المالك يقطع لعدم الوصول إليه حقيقة وحكمًا .

ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه . وإن كان في عياله لا يقطع ، لأن يد من في عياله كيده حكمًا ، ولهذا لا يضمن المودع المستعير بالدفع إليه .

وكذا لو رده على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة ، ولو دفع إلى والده أو جده أو والدته وليسوا في عياله لا يقطع ؛ لأن بهؤلاء شبهة المالك في ماله بالنص ، فتثبت شبهة الرد .

ولو دفع إلى عيالها لا يقطع لأنه شبهة ، وهي معتبرة . ولو دفع إلى مكاتبه لا يقطع ، لأن عبده ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده لا يقطع ، ولو سرق من العيال ورده إلى من بعولتهم لا يقطع ، لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله .

م: (**وإذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع**) ش: هذه المسألة ذكرت في «الجامع الصغير» بهذه العبارة ، وفسرها المصنف بقوله : م: (**معناه**) ش: أي معنى ما ذكره محمد

إذا سلمت إليه . وكذلك إذا باعها المالك إياه . وقال زفـر والشافعي -رحمهما الله- يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف -رحمه الله- لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً ، وبهذا العارض لم يتبين قيـام الملك وقت السرقـة فلا شـبهة فـيقطع. ولنا أن الإمـضـاء من القـضـاء في هذا البـاب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء ، إذ القضاء للإظهار، والقطع ،حق الله تعالى وهو ظاهر عنده. وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ،

فيها فوهبت له م: (**إذا سلمت إليه**) ش: يعني إذا سلمت السرقة إلى العين المسروقة ، لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك .

م: (**وكذلك إذا باعـها المالك إياه**) ش: أي إذا باع العين المسروقـة مـالك إياه ، أي السـارق م: (**وقال زفر والشافعي - رحمهما الله -: يقطع**) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (**وهو رواية**) ش: أي ما قـاله زفر والشافعي رواية م: (**عن أبي يوسف- رحـمه الله - ، لأن السـرقة قـد تمت انعقـاداً**) ش: باحتمال الغير على وجه الحقيقة من حرز لا شبهة فيه ، إذ وضع المسألة في ذلك م: (**وظهـوراً**) ش: أي من حيث الظهور ، لأن الفرض أنه قضي عليه بالقطع ، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها .

م: (**وبهذا الـعارض**) ش: وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء لا قيام الملك وقت السرقة ، لأن الهبـة والشراء يوجب ملكًا حادثًا فـلا يمنع به الاسـتيـفاء ، وبهذا احترز به عـمـا أقـر به المالك أن المسروق للسارق .

فإن الإقرار يظهر ما كـان ثابتًا للمقر له م: (**لم يتبين قيام الملك وقت السرقة**) ش: لم ينته ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فلا شبهة فيقطع**) .

م: (**ولنا أن الإمضاء من القضاء**) ش: يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالجلد م: (**في هذا الباب**) ش: أي في باب الحدود م: (**لوقوع الاستغناء عنه**) ش: أي عن القـضـاء م: (**بالاستيفاء**) ش: ، يعني أن القـضـاء في هـذا البـاب لا يغني عنه إلا بالاستيفاء م: (**إذ القضاء**) ش: أي لأن القضاء م: (**للإظهار**) ش: ولا إظهار ها هنا ، لأن القطع حق الله تعالى .

وهو معنى قوله م: (**والقطع حق الله تعالى ، وهو ظاهر عنده**) ش: أي عند الله تعالى لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء فلا حاجة إلى الإظهار .

م: (**وإذا كـان كـذلك**) ش: أي إذا كـان الإمـضـاء من القـضـاء م: (**يشـتـرط قيام الخصومة عند الاستيفاء**) ش: كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتهى ذلك بالبيع والهبة ، لأن ما يكون شرطًا لوجوب القـضـاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء ، لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السـبب ، بدليل العـمى والخرس والردة والفسق في الشـهـود، فإن الحـدود لا تسـتـوفى إذا كـان

وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء ، وعن محمد -رحمه الله- أنه يقطع ، وهو قول الشافعي وزفر -رحمهما الله- اعتباراً بالنقصان في العين . ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا . بخلاف النقصان في العين ، لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً ، كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر غير مضمون فافترقا .

الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع، وذكره في «الأسرار» .

م: (**وصار**) ش: أي الملك الحادث م: (**كما إذا ملكها منه قبل القضاء**) ش: لأنه بما لم يمض فكأنه لم يقض، ولقائل أن يقول : جعلتم الخصومة باقية تقديرًا في صورة رد المسروق بعد الواقعة قبل الاستيفاء لم يكن الاستيفاء من القضاء حتى أوجبتم القطع ، وهنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعًا لوجود الحد ، وما ذلك إلا تناقض .

والجواب : الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقًا ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ، وها هنا حديث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك، فكان شبهة م: (**وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء**) ش: أي نقصت من حيث السعر ، فإنه ذكر في «المحيط» : لو كان نقصان القيمة لنقصان في المعنى وإن كان لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية .

م: (**وعن محمد- رحمه الله- أنه يقطع ، وهو قول الشافعي وزفر- رحمهما الله -**) ش: وقول مالك وأحمد: م: (**اعتباراً بالنقصان في العين**) ش: يعني بأن هلك درهم من العشرة، أو استهلكه، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن تكون السرقة الموجبة للقطع عشرة دراهم، فإن نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع من الاستيفاء منه بالاتفاق فيهما .

وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غيرظاهر الرواية اعتبارًا بالأول بجامع وجود سرقة نصاب فيها إن كان النصاب لما كان شرطًا في الابتداء .

م: (**ولنا**) ش: وهو وجه ظاهر الرواية م: (**أن كمال النصاب لما كان شرطًا**) ش: في الابتداء م: (**يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا**) ش: أراد به قوله : إن الإمضاء من القضاء .

م: (**بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه**) ش: أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون م: (**فكمل النصاب عينًا**) ش: أي من حيث العين وقت الأخذ فيما إذا كان المسروق من ذوات الأمثال م: (**ودينًا**) ش: أي من حيث الدين وقت الاستيفاء فيما إذا كان المسروق من ذوات القيم م: (**كما إذا استهلكه كله**) ش: أي كما إذا استهلك السارق كل العين م: (**أما نقصان السعر غير مضمون**) ش: فكان النصاب مناقضًا عند القطع فصار شبهة م: (**فافترقا**) ش: أي افترق نصاب

وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة ، معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يسقط بمجرد الدعوى ؛ لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد . ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال ، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار . وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل في حق

السعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الأول .

م: (**وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه**) ش: أي عن السارق م: (**وإن لم يقم بينة**) ش: واصلة بما قبله ، وهو رد لقول الشافعي على ما نذكره ، وهو لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله : م: (**معناه**) ش: أي معنى كلام القدوري م: (**بعدما شهد الشاهدان بالسرقة**) ش: إنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة ، فإنه يسقط القطع بالاتفاق .

م: (**وقول الشافعي- رحمه الله : لا يسقط بمجرد الدعوى**) ش: وفي المغني لابن قدامة في كتب أصحاب الشافعي - رحمه الله - : يحلف المسروق منه ، فإن نكل لا قطع عليه بالإجماع . وإن حلف لا يقطع أيضًا وهو نص الشافعي .

وقال بعض أصحابه : فيه وجهان ، قيل : لا يقطع ، وبه قال أحمد في رواية ، لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب القطع ، إذ كل سارق لا يعجز عن هذا .

وعن أحمد في رواية أخرى أنه إن كان السارق معروفًا بالسرقة قطع ، لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال ، لأن الحد يندرئ بالشبهات ، وهي احتمال صدقه م: (**لأنه لا يعجز عنه سارق**) ش: أي عن قول أنها ملكه م: (**فيؤدي إلى سد باب الحد**) ش: وسمى الشافعي هذا السارق طريقًا ، لأن أكثر السراق لا يعلمون هذا .

م: (**ولنا أن الشبهة دارئة**) ش: للحد م: (**وتتحقق**) ش: أي الشبهة م: (**بمجرد الدعوى للاحتمال**) ش: أي لاحتمال دعواه الصدق م: (**ولا معتبر بما قال**) ش: أي الشافعي أنه لا يعجز عنه سارق م: (**بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار**) ش: أي بالسرقة مع أنه لا يعجز عنه سارق وما من مقر إلا وتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبراً في إيراث الشبهة .

فكذا هذا وفيه نظر ، لأن إقراره حجة قاصرة ، والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موروثًا لما في الكاملة . والجواب أن الكمال المقصود بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه ، وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فيهما سواء .

م: (**وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا**) ش: سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء . وعند الأئمة الثلاثة لم يعتبر دعواه بعد القضاء م: (**لأن الرجوع عامل في حق**

الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ؛ لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة ، فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة لا في قولهما والآخر وهو قولهما ، وكان يقول أولاً لايقطع، لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة . وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب ، فيبقى معدوماً ، والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر ، وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله-: يقطع والعشرة للمولى . وقال محمد -رحمه الله- :لا يقطع ، والعشرة المولى إذا كذبه المولى . ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده .

الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة) ش: فيكون فعلاً واحداً م: (فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفةلا في قولهما ، والآخر وهو قولهما وكان) ش: أي أبو حنيفة م: (يقول أولاً : لا يقطع ، لأنه) ش: أي لأن الغائب م: (لو حضر ربما يدعي الشبهة) ش: وهي دارئة للحد عن نفسه ، وعن الآخر حد ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة ، وهو لا يجوز.

م: (وجه قوله الآخر) ش: أي وجه قول أبي حنيفة الآخر م: (أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) ش: لأن القضاء على الغائب لا يجوز م: (فيبقى معدومًا) ش: أي يبقى فعل السرقة معدومًا م: (والمعدوم لا يورث الشبهة) ش: في حق الموجود، وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة م: (ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة) ش: لأنه لو اعتبر يلزم اعتبار شبهة الشبهة، وهي محطة عن حيز الاعتبار م: (على ما مر) ش: إشارة إلى قوله : ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض .

م: (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) ش: يعني كائنة بعينها م: (فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة- رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله: يقطع والعشرة للمولى) ش: وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد.

م: (وقال محمد - رحمه الله : لا يقطع والعشرة للمولى) ش: وحكي عن الطحاوي - رحمه الله- أنه قال : سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع ، وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه معنا م: (إذا كذبه المولى) ش: أي معنى قول محمد والعشرة للمولى إذا كذبه المولى بأن قال : المال مالي فالعشرة له ولا يقطع العبد.

م: (ولو أقر) ش: أي العبد المحجور م: (بسرقة مال مستهلك قطعت يده) ش: اتفاقًا بين

ولو كان العبد مـأذوناً له يقطع في الوجهين . وقال زفر -رحمـه الله- لا يقطع في الوجوه كلها ، لأن الأصل عنده أن إقـرار العبـد على نفسـه بالحـدود والقصـاص لايصح ، لأنه يرد على نفسـه وطرفه وكل ذلك مال للمـولى والإقرار على الغيرغـير مقبول ، إلا أن المأذون له يؤاخـذ بالضمان والمال لصحة إقـراره به لكونه مسلطاً عليه من جهـته ، والمحجور عليه لا يـصح إقراره بالمال أيضاً ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعـدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار ومثله مقبول على الغير .

علمائنا الثلاثة .

قال تاج الشريعة : لأن الإقرار بسرقة مـال مستهلك إقرار بحد مفرد ، والإقرار بحد مفرد صحيح من العبد المحجور عند علمائنا الثلاثة ، كما لو أقر بالزنا أو بشرب الخمر م: (**ولو كان العبد مأذونًا له يقطع في الوجهين**) ش: أي فيما إذا كان المال قائمًا أو مستهلكًا .

م: (**وقال زفر - رحمـه الله : لا يقطع في الوجوه كلها**) ش: أي فيمـا إذا كان العبد مـحجوراً أو مأذونًا والحال قائم أو هالك م: (**لأن الأصل عنده**) ش: أي عند زفر م: (**أن إقرار العبد على نفسه**) ش: مأذونًا كـان أو محجوراً م: (**بالحـدود والقصـاص لا يصح ، لأنه**) ش: أي لأن الإقـرار م: (**يرد على نفسه**) ش: يعني في القصاص .

م: (**وطرفـه**) ش: يعني في الحـدود م: (**وكل ذلـك**) ش: أي طرفه ونفسـه م: (**مال للمولى والإقرار على الغير غير مقبول**) ش: ألا ترى أنه لو أقر برقبة الغير كان إقراره باطلاً م: (**إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان**) ش: إن كان مستهلكًا .

م: (**والمال لصحـة إقراره به**) ش: أي يؤاخذ بالمال إن كان قائمًا بصحـة إقراره به م: (**لكونه**) ش: أي لكون المأذون لـه م: (**مسلطًا علـيه من جهـته**) ش: أي لكونه مـسلطًا على إقراره من جـهة المولى م: (**والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضًا**) ش: أي كما لا يصح في النفس أيضًا .

م: (**ونحن نقـول يصح إقراره من حـيث إنه آدمي**) ش: مـخاطب لا من حـيث إنه مال م: (**ثم يتعـدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال**) ش: يعني لما صح إقـراره من حـيث إ نه آدمي صح من حيث إنه مـال أيضًا لسراية إليهـا ، لأن آدميته لا تنفك عن ماليته ، فالسراية من حيث إنه مال تبعًا وقد يثبت الشيء تبعًا ولا يثبت قصداً .

م: (**ولأنه لا تهـمة في هذا الإقـرار لما يشتـمل عليه من الأضـرار**) ش: أي على العـبد ، لأن مـا يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحقه المولى م: (**ومثله**) ش: أي ومثل مـا كان ضرراً لإقرار فيه أدى إلى السفر وإلى الغير م: (**مقبـول على الغير**) ش: أي بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقـرار إذا شـهد الواحد عند الإمام برؤية هلال رمضـان وفي السـماء علة يقبل

لمحمد -رحمه الله- في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى . ولا قطع على عبد في سرقة مال المولى ، يؤيده أن المال أصل فيها ، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ، ويثبت المال دونه . وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت . وإذا بطل فيما هو الأصل يبطل في التبع بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً .

الإمام شهادته .

وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة ، حيث يلزم الصوم كما يلزم غيره ، وكذلك الحر المديون إذا أقر بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء .

م: (**لمحمد- رحمه الله - في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا**) ش: أي ولأجل بطلان إقرار المحجور عليه بالمال م: (**لا يصح منه الإقرار بالغصب**) ش: فكذا لا يصح إقراره بالسرقة ، فإذا لم يصح إقراره بالمالية في حق المالية م: (**فيبقى مال المولى**) ش: على ملكه م: (**ولا قطع على عبد في سرقة مال المولى**) ش: أي في سرقة مال حكم به لسيده ، لأن كون المال مملوكًا لغير السارق وغير مولاه شرط وجوب القطع م: (**يؤيده**) ش: أي يؤيد ما ذكره محمد .

وهذا إشارة إلى أن لكل واحد من أصحابنا الثلاثة أصلاً ، فأبو حنيفة يقول : القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم ، وبدليل أنه لو قال : أبقى المال ولا أبقى القطع لم يسقط القطع .

وأبو يوسف يقول : كل منهما أصل ، أما أصالة القطع فيما قالوا في الحر إذا أقر وقال : سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح إقراره في حق القطع دون المالية . وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع ، والخصومة شرط ، ولولا أن المال أصل يوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى ، وهو مستوفى بلا طالب .

ومحمد يقول : المال أصل والقطع تبع ، وهو معنى قول المصنف م: (**أن المال أصل فيها**) ش: أي في السرقة م: (**والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه**) ش: أي في المال م: (**بدون القطع**) ش: مثل أن يقول : أطلب المال منه دون القطع م: (**ويثبت المال دونه**) ش: أي دون القطع ، كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع م: (**وفي عكسه**) ش: بأن قال : أطلب القطع دون المال م: (**لا تسمع**) ش: أي الخصومة .

م: (**ولا يثبت**) ش: أي المال م: (**وإذا بطل**) ش: أي الإقرار م: (**فيما هو الأصل**) ش: أي المال م: (**يبطل في التبع**) ش: وهو القطع م: (**بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعًا**) ش: لصحة الإقرار به .

ولأبي يوسف -رحمه الله- أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه . كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبي تقطع يد المقر ، وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه ، لأن الإقرار ينافي حالة البقاء ، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ، ويستوفي القطع بعد استهلاكه ،

م: (**ولأبي يوسف- رحمه الله - أنه**) ش: أي العبد م: (**أقر بشيئين بالقطع وهو**) ش: أي القطع م: (**على نفسه**) ش: صحيح م: (**فيصح على ما ذكرناه**) ش: أي إقراره في حق القطع م: (**وبالمال**) ش: أي وإقراره بالمال م: (**وهو**) ش: أي الإقرار بالمال م: (**على المولى فلا يصح في حقه فيه**) ش: أي فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال م: (**والقطع يستحق بدونه**) ش: أي بدون المال م: (**كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبي تقطع يد المقر**) ش: لصحة إقراره .

م: (**وإن كان**) ش: واصل بما قبله ، أي وإن كان العبد م: (**لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد**) ش: .

وفي «المبسوط» : وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأنه لم يقبل إقراره في تعيين هذا المال بقي المسروق مستهلكًا .

م: (**ولأبي حنيفة- رحمه الله- أن الإقرار بالقطع قد صح منه**) ش: أي من العبد م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي م: (**فيصح**) ش: أي إقراره م: (**بالمال بناء عليه**) ش: أي على صحةالإقرار بالقطع لما شهدنا من أصله فيما مضى م: (**لأن الإقرار ينافي حالة البقاء**) ش: أي بقاء السرقة ، لأن الإقرار بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به قبل الإقرار ، ألا ترى أن إقرار أحد الزوجين بالنكاح صحيح من غير شهادة م: (**والمال في حالة البقاء تابع للقطع ، حتى تسقط**) ش: بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء م: (**عصمة المال باعتباره**) ش: أي باعتبار القطع م: (**ويستوفي القطع بعد استهلاكه**) .

ش: أي استهلاك المال ، فلو أبطلنا إقراره في حق القطع باعتبار المال لجعلنا المال في البقاء أصلاً ، وهذا باطل ، كذا في جامع البرهاني .

وفي بعض الشروح وقوله باعتباره، أي باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع من الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع به لأنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من التقوم إلى غيره ، لأنه مقصود منه إنما يكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء

بخلاف مسألة الحر ؛ لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع ، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا . ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع . وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو المشهور . وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك . وقال الشافعي -رحمه الله-: يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان ،

القطع بعد استهلاك المال، فيدل على ذلك إذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل .

م: (**بخلاف مسألة الحر**) ش: جواب عما أشهد به أبو يوسف بقوله كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد إلى آخره ، بيانه أن هذه المسألة له ليست نظير تلك المسألة ، لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقًا عن شخص كونه مالكًا، لجواز أن يكون مودعًا فيقطع م: (**لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع**) ش: بخصومته وإن لم يرد إليه المال ، وأما ها هنا . فلو لم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لا يجب القطع ، لأن العبد إذا سرق مال المولى لا تقطع يده ، وهو معنى قوله م: (**أما لا يجب**) ش: أي القطع م: (**بسرقة العبد مال المولى فافترقا**) ش: أي الحكمان المذكوران .

م: (**ولو صدقه المولى**) ش: أي ولو صدق المولى عبده م: (**يقطع في الفصول كلها**) ش: وهي أن يكون العبد مأذونًا أو محجوراً عليه ، والمال قائم بنفسه أو مستهلك ، والمولى يكذبه أو يصدقه ، فإذا صدقه المولى يقطع في هذه الفصول كلها م: (**لزوال المانع**) ش: أي من القطع ووجود المقتضى له .

م: (**وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده**) ش: أي والحال أن العين موجودة م: (**ردت على صاحبها لبقائها**) ش: أي لبقاء العين م: (**على ملكه**) ش: أي على ملك المسروق منه .

م: (**وإن كانت**) ش: أي العين م: (**مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق**) ش: أراد به إطلاق القدوري في مختصره بقوله إن كانت هالكة ، يعني قوله إن كانت هالكة م: (**يشمل الهلاك والاستهلاك**) ش: لأنه لما لم يجد الضمان في الاستهلاك ، ففي الهلاك أولى م: (**وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة**) ش: يعني شمول الإطلاق الهلاك والاستهلاك ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة .

م: (**وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه**) ش: أي أن الضمان يجب بالاستهلاك دون الهلاك م: (**وقال الشافعي يضمن فيهما**) ش: أي في الهلاك والاستهلاك م: (**لأنهما حقان**) ش: أي القطع والضمان حقان م: (**قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان**) ش: . أي لا يمتنع أحدهما بالآخر ، وبين

فالقطع حق الشـرع ، وسببه ترك الانتهـاء عما نهى عنه ، والضمـان حق العبد وسبـبه أخذ المال . فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحـرم ، أو شرب خمراً مملوكًا لذمي ، ولنا قوله عليه السلام : لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه .

اختلاف السببين بقوله م: (**فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد، وسببه أخذ المال**) ش: لا خلاف لأهل العلم أن المال إذا كان قائمًا يرد على مالكه ، وكذا لو باعه السارق أو وهبه يأخذه من المشتري والموهوب له ، ويبطل البيع والهبة .

واختلفوا في الثالثة ، فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور : يجب على السارق رد قيمتهما ، أو مثليـا إن كان مثليًا ، وهو قول إبراهيم النخعي وحمـاد والحسن البصري وإسحـاق والليث بن سعد . وقال علماؤنا والثوري : لا يجتمع الضمان مع القطع ، فلو ضمنه المالك قبل القطع سقط القطع ، وإن قطعه سقط الضمان ، وهو قول عطاء ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وعامر الشعبي ومكحول . وقال مالك إن كان السارق معسراً فلا ضمان عليه ، وإن كان موسراً يضمن لنظر الجانبين .

م: (**فصار**) ش: أي حكم هذا على الوجه المذكور م: (**كاستهلاك صيد مملوك في الحرم**) ش: يعني من حيث إنه يجب قيمته للمالك ، وقيمة أخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى م: (**أو شرب خمراً مملوكًا لذمي**) ش: يعني على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عند الشافعي وإن كان لذمي ، وعندنا يجب قيمته ويحد .

م: (**ولنا قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه**) ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ومعناه ما أخرجه النسائي في سننه عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعيد بن إبراهيم عن المسعود بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال : «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد» [(١)] ، انتهى . قال النسائي : هذا مرسل وليس بثابت . وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ : «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه »، وقال المسور بن إبراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، فإن صح إسناده فهو مرسل، وسعيد بن إبراهيم مجهول . ورواه البزار في مسنده بلفظ : «لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد» . قال المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ، ورواه الطبراني في «الأوسط» . وقال لا يروى عن عبد الرحمن بن عوف إلا بهذا الإسناد، وهو غير متصل ، لأن المسور لم يسمع من جده عبد الرحمن بن عوف . وقال ابن أبي حاتم في كتاب «العلل» سألت أبي عن هذا الحديث، فقال هذا حديث منكر ، ومسور لم يلحق عبد الرحمن ، وقد طول الأكمل

---

(١) النسائي [٤٩٨٤] . الدارقطني (٣/ ١٨٢) .

ولأن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ ، فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي ،

هنا كلامًا ولم يتعرض لبيان حال الحديث .

وقال الكاكي وذكر ابن قدامة في « المغني » : قال ابن المنذر : سعيد بن إبراهيم مجهول ، وقال ابن عبد البر : الحديث ليس بقوي .

قلنا : ليس كذلك ، فإن الزهري يروي عن سعيد بن إبراهيم هذا الحديث ، نقله عبد الباقي . وقال عبد الباقي هذا صحيح ، وقول ابن قدامة ليس أجود القاطع عليه .

قلنا : إطلاق الغرم على أجرة القاطع خلاف الظاهر ، مع أنه نكرة في موضع النفي ، انتهى .

قلت: رواه ابن جرير الطبري ، هذا الحديث في «تهذيب الآثار» موصولاً ، فقال حدثنا أحمد بن الحسن الترمذي ، قال حدثنا سعيد بن كثير بن عفير عن الفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم ، حدثني أخو المسور بن إبراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال : « إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه» .

وأخرجه أبو عمر عبد الله عن طريق ابن جرير ، وهذا المسور وأبوه على شرط البخاري ، وأبوه ذكره ابن حبان في ثقات التابعين ، ثم قال ابن جرير ما ملخصه فيه البيان من صحة قول من لم يضمن السارق بعد الحد وفساد قول من ضمنه ، ثم حكي عدم التضمين عن ابن سيرين والنخعي والشعبي وعطاء والحسن وقتادة .

وقال وعلتهم مع الأثر القياس على إجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكوه ، وكذا قطاع الطريق . ولو كان السارق في التضمين كالغاصب للتعدية لوجب الضمان على هؤلاء لتعديهم وظلمهم ، قال : وهذا هو الصواب لقوله تعالى : ﴿ **فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا** ﴾ (المائدة : الآية ٣٨) ، فلم يأمر بالتغريم ، ولو كان لازمًا لعرفهم كما عرفهم بالقطع .

م: (**ولأن وجوب الضمان ينافي القطع ، أنه يتملكه**) ش: أي لأن السارق يتملك المسروق م: (**بأداء الضمان**) ش: حال كونه م: (**مستنداً إلى وقت الأخذ**) ش: أي أخذ السرقة م: (**فتبين أنه**) ش: أي أن الأخذ م: (**ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي**) ش: أي والشيء الذي يؤدي م: (**إلى انتفائه**) ش: أي انتفاء القطع المشروع م: (**فهو المنتفي**) ش: لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم .

ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ، ولا ضمان فيه، إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان ، لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة .

م: (**ولأن المحل**) ش: أي المال م: (**لا يبقى معصومًا**) ش: قبل القطع حال كونه م: (**حقًا للعبد، إذ لو بقي**) ش: معصومًا حقًا للعبد م: (**لكان مباحًا في نفسه**) ش: لأنه عرف بالاستقراء ما هو حرام حقًا للعبد فهو مباح في نفسه ، فكان المال للسارق حرامًا من وجه دون وجه م: (**فينتفي القطع للشبهة**) ش: أي لشبهة كونه مباحًا في نفسه ، حاصله أن الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، فحينئذ يندرئ الحد .

فإذا لم يبق معصومًا حقًا للعبد م: (**فيصير محرمًا حقًا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه**) ش: أي في المحرم حقًا للشرع ، لأن العصمة جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى ، فصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه كما مر عن قريب .

وتقدير الجواب أن يقال م: (**إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك ؛ لأنه**) ش: أي لأن الاستهلاك م: (**فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه**) ش: أي في حق فعل آخر م: (**وكذا الشبهة**) ش: وهي كونه مباحًا في نفسه م: (**تعتبر فيما هو السبب**) ش: وهو السرقة م: (**دون غيره**) ش: وهو الاستهلاك .

م: (**ووجه المشهور**) ش: وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك م: (**أن الاستهلاك إتمام المقصود**) ش: بالسرقة ، لأنه إنما سرق ليصير إلى بعض حوائجه ، فكانت تتمة السبب ، لأنه فعل آخر م: (**فتعتبر الشبهة فيه**) ش: لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السرقة الضمان كاعتبارها في نفس السرقة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن سقوط العصمة م: (**من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة**) ش: بين المال المسروق وبين الضمان ، لأن الضمان مال معصوم حقًا للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقًا له في حال الاستهلاك فقط ، فإذا انتفت المماثلة انتهى الضمان ، لأن ضمان المقدور شرط بالمماثلة بالنص ، ولهذا لا يجب الضمان عندنا بمقابلة استهلاك المنافع بالغصب لانتفاء المماثلة .

ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو جميعها ولا يضمن شيئًا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا: يضمن كلهـا إلا التي قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق في السرقات كلها . لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقـة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومـة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصـومة شرط ظهور عند القاضي . أمـا الوجوب بالجناية فإذا استوفى فـالمستوفى كل الواجب ، ألا ترى أنه يرجع نفعه إلى الكل ،

م: (**ومن سرق سرقات فقطع في إحداها**) ش: أي في إحدى السرقات يعني لأجل واحد منها م: (**فهو**) ش: أي القطع واقع م: (**بجميعها**) ش: بالاتفاق ، لأن القطع يتداخل بالإجماع ، وبه قالت الثلاثة م: (**ولا يضمن شيئًا**) ش: أي لأرباب المسروقات م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا: يضمن كلها**) ش: أي كل السرقات م: (**إلا التي**) ش: أي إلا السرقة التي م: (**قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم**) ش: أي أحد أرباب السرقات وادعى السرقة م: (**فإن حضروا جميعًا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئًا بالاتفاق في السرقات كلها. لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب**) ش: حتى يجعل خصومته لخصومتهم م: (**ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ، فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها**) ش: أي للسرقات كلها، وإذا لم يقع القطع لها م: (**فبقيت أموالهم معصومة**) ش: والمال المعصوم مضمون لا محالة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن الواجب بالكل**) ش: أي بكل السرقات م: (**قطع واحد حقًا لله تعالى**) ش: وكل ما كان كذلك يتداخل م: (**لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط ظهور عند القاضي**) ش: قد وجد ذلك أيضًا بالنسبة إلى الجمع .

قال تاج الشريعة : والشروط تراعى وجودها قصداً ، ولهذا يصح الاعتكاف بصوم رمضان، والصلاة بالوضوء لدخول المسجد.

م: (**أما الوجوب**) ش: أي وجوب القطع م: (**بالجناية**) ش: جزاء لها م: (**فإذا استوفى**) ش: يعني ذلك القطع الواحد م: (**فالمستوفى كل الواجب ، ألا ترى أنه يرجع نفعه**) ش: وهو الانزجار م: (**إلى الكل**) ش: فيقطع عن الكل .

فإن قيل : الحكم الثابت ها هنا لا يرد على الثابت والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصًا لم يبرأ ، فكيف يبرأ إذا ثبت ضمنًا . أجيب : بأنه كم من شيء ثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف النقول ، ثم ها هنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو ثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان .

وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض .

فإن قيل : الخصومة شرط ليصير الخصم باذلاً للمال، إذ لا يصح البدل من واحد عن الكل . قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد، ألا ترى أنه مستوفى بخصومة من يملك البذل ، ومن لا يملك ، كالأب والوصي .

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**إذا كانت النصب**) ش: بضم النون والصاد جمع نصاب م: (**كلها لواحد فخاصم في البعض**) ش: أي في بعض النصب ، يعني لو سرق السارق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك ، فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقي . وعند أبي يوسف ومحمد يضمن فافهم .

* * *

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع . وعند أبي يوسف -رحمه الله- لا يقطع ، لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش ، فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ، فصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع . ولهما أن الأخذ وضع سبباً للضمان لا للملك ، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ، ومثله لا يورث الشبهة .

م: **(باب ما يحدث السارق في السرقة)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه السارق في العين التي يسرقها ، ويحدث بضم الياء من الإحداث .

م: **(ومن سرق ثوبًا فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع)** ش: قيد بقوله في الدار ، لأنه لو شقه خارج الدار يقطع بالإجماع ، سواء بلغت قيمته نصابًا أو لا . ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة . وكذا لو بلغت قيمته نصابًا بعد الشق في البيت . وقيد بقوله وهو يساوي ، أي الثوب يساوي عشرة بعد الشق ، لأن لو لم يساوي عشرة بعد الشق لا يجب القطع بالاتفاق .

م: **(وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يقطع ، لأنه له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش)** ش: وهذا الخرق طولاً فإنه خرق فاحش م: **(فإنه)** ش: أي فإن الخرق الفاحش م: **(يوجب القيمة وتملك المضمون)** .

ش: ولهذا قلنا : المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك ، لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكسر من السارق م: **(فصار)** ش: أي حكم هذا م: **(كالمشتري)** ش: بكسر الراء م: **(إذا سرق مبيعًا فيه خيار للبائع)** ش: ثم فسخ البائع فإنه لا يقطع هناك فكذلك هنا . والجامع بينهما أن السرقة فيه تمت على عين غير مملوكة للسارق ، ولكن ورد عليه سبب الملك .

م: **(ولهما)** ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: **(أن الأخذ)** ش: أي هذا الأخذ م: **(وضع سببًا للضمان لا للملك)** ش: يعني لا نسلم أن له فيه سبب الملك ، لأن الأخذ المعروف ليس بموضع له ، وإنما هو موضوع سببًا للضمان ، فكان له سبب الضمان ، لا أنه سبب الملك م: **(وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد)** ش: وهما البدل والمبدل .

م: **(ومثله)** ش: أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب للضمان م: **(لا يورث الشبهة)** ش: لأنه

كنفس الأخذ ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه ، بخلاف ما ذكر ، لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب . فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق ، لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة ، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً ، فإن كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك ، إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة ، وإن سرق شاة فذبحها

ليس بموضوع للملك م: (كنفس الأخذ) ش: فإنه يحتمل أن يصير سببًا بعد الضمان ، ومع هذا فلم يعتبر شبهة .

م: (**وكما إذا سرق البائع معيبًا باعه**) ش: ولم يعلم المشتري بالعيب ، فإنه يقطع وأن العقد سبب الرد وهو العيب ، فكذلك ها هنا يقطع وأن القطع سبب الضمان وهو الشق م: (**بخلاف ما ذكر**) ش: أبو يوسف ، وهو قوله كالمشتري إذا سرق بيعًا فيه الخيار للبائع ، لأن سبب الملك فيه موجود م: (**لأن البيع موضوع لإفادة الملك ، وهذا الخلاف**) ش: أي الذي بين أبي يوسف وصاحبيه م: (**فيما إذا اختار**) ش: أي الملك م: (**تضمين النقصان وأخذ الثوب**) ش: لا يقال الأصل عندكم أن القطع والنقصان لا يجتمعان .

فإذا اختار تضمن النقصان كيف يمكن من القطع ، لأن القول بضمان النقصان يكون بجناية آخر قبل الاحتياج ، وهي ما فات من العين ، والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الأخرى قيمة أحدهما نصاب . وأورده على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية ، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان .

ومن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان . والجواب أن القطع الباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك ، فإن القطع كان لأجله لا شيء آخر . م: (**فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق ، لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة**) ش: فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع ، فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى م: (**فأورث شبهة**) ش: وهي دارئة الحد م: (**وهذا كله**) ش: أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات م: (**إذا كان النقصان فاحشًا**) ش: والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيح . وقال التمرتاشي: روي في حد الإتلاف فإنه لا يكون النقصان أكثر من نصف القيمة ، وقبل النقصان الفاحش أن ينقص بالخرق ربع القيمة فصاعداً وما دونه يسير . وقيل مالا يصح الباقي للثوب فهو فاحش والصلح يسير .

م: (**فإن كان**) ش: أي النقصان م: (**يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة**) ش: بل له تضمين قيمة النقصان . م: (**وإن سرق شاة فذبحها**) ش: في الحرز م:

ثم أخرجها لم يقطع ، لأن السرقة تمت على اللحم ، ولا قطع فيه . ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه ، ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: لا سبيل إلى المسروق منه عليهما ، وأصله في الغصب ، فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له ، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه ، وقيل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، ولأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه ، فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد -رحمه الله- يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتباراً بالغصب ، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً .

(ثم أخرجها لم يقطع) ش: وإن كانت قيمة المذبوحة عشرة دراهم م: (لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) ش: أي في اللحم .

م: (ومن سرق ذهبًا أو فضة يجب فيه القطع) ش: وهو صفة للذهب والفضة لأنها جملة فعلية وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هو قوله قطع فيه ، أي ما بلغ قيمة عشرة دراهم م: (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة- رحمه الله -) ش: أي القطع عنده ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: (وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (لا سبيل إلى المسروق منه عليهما) ش: أي على الدراهم والدنانير ، وفي نسخة شيخي عليها وهو الأحسن م: (وأصله) ش: أي أصل الخلاف م: (في الغصب) ش: أي هذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده في الغصب خلافًا لهما ، فكذا في السرقة م: (فهذه صنعة متقومة عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (خلافًا له) ش: أي لأبي حنيفة م: (ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله ، لأنه) ش: أي لأن السارق م: (لم يملكه) ش: أي المسروق م: (وقيل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، ولأنه صار بالصنعة شيئًا آخر فلم يملك عينه) ش: أي عين المسروق .

وفي بعض النسخ عينهما ، أي عين الذهب والفضة ، وإنما ملك شيئًا غيرهما ، فإن الأعين تتبدل بالصفات ، أصله حديث .

م: (وإن سرق ثوبًا فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن) ش: أي قيمة الثوب .

م: (وهذا) ش: أي عدم أخذ الثوب وعدم الضمان م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -. وقال محمد- رحمه الله - يؤخذ منه الثوب ويعطى) ش: أي السارق م: (ما زاد الصبغ فيه) ش: أي في الثوب م: (اعتباراً بالغصب) ش: أي قياسًا عليه م: (والجامع بينهما) ش: المقيس والمقيس عليه م: (كون الثوب أصلاً قائمًا وكون الصبغ تابعًا) ش: وبه قالت الثلاثة .

ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى ، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه ، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ، لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك والاستهلاك ، فرجحنا جانب السارق ، بخلاف الغصب ، لأن حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه ، فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا ، ولو صبغه أسود أخذ منه في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وعند أبي يوسف -رحمه الله- هذا والأول سواء ، لأن السواد زيادة عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر ، وعند أبي حنيفة -رحمه الله- السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) ش: أما صورة فظاهر .

وأما معنىً فمن حيث القيمة م: (حتى لو أراد) ش: أي المالك م: (أخذه) ش: أي أخذ الثوب حال كونه م: (مصبوغًا يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ، لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك والاستهلاك ، فرجحنا جانب السارق) ش: لأن مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى ، فرجحنا قول السارق أولاً بالوجود ، كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر القطع حق الواهب .

م: (بخلاف الغصب ، لأن حق كل واحد) ش: من المالك والغاصب م: (قائم صورة ومعنى فاستويا) ش: أي فاستويا المالك والغاصب م: (من هذا الوجه) ش: أي من حيث إن حق كل منهما قائم صورة ومعنى فلم يكن الترجيح بالوجود ، فرجحنا بالبقاء وهو أن الثوب أصل قائم والصبغ تابع وهو معنى قوله : فلم يكن الترجيح بالوجود م: (فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا) ش: إشارة إلى قوله والجامع كون الثوب أصلاً قائمًا ، وكون الصبغ تابعًا .

م: (ولو صبغه أسود) ش: أي ولو صبغ السارق الثوب صبغًا أسود فقطع م: (أخذ) ش: أي الثوب م: (منه) ش: أي من السارق م: (في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله- ، وعند أبي يوسف هذا والأول سواء) ش: أي أن الحكم في الصبغ الأسود والأحمر سواء عنده م: (لأن السواد زيادة عنده كالحمرة) ش: فلا يؤخذ هذا الثوب من السارق م: (وعند محمد زيادة أيضًا كالحمرة ، ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر) ش: أن الصبغ تابع م: (وعند أبي حنيفة - رحمه الله - السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) ش: فلم يكن حق السارق فيه قائمًا معنى فاستويا ، فرجح جانب المالك كما قلنا . قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، فإن الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما .

***

باب قطع الطريق

وإذا خرج جماعة ممتنعين

م: (باب قطع الطريق)

ش: أي هذا باب في بيان حكم قطع الطريق ودم السرقة الصغرى على الكبرى ، لأن السرقة تكون من الأصغر إلى الأكبر ؛ ولأن الصغرى أكثر نوعًا من الأكبر يكون قطع سرقة ، فلأن قطع الطريق بأخذ المال خفية من عين الإمام الذي على حفظ الطريق والمارة بشركته ومنعه ، وأما كونه الكبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين من حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الأمن ، ولأن موجبه أغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ، ومن حيث القتل والصلب .

واعلم أن لقطع الطريق شرائط :

الأول : أن يكون لهم شوكة وقوة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم وقطعوا الطريق، سواءكانت بالسلاح أو بالعصا الكبيرة أو الحجر وغيرها .

الثاني : أن يكون خارج المصر بعيداً عنه ، وفي« شرح الطحاوي» : أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر . وعن أبي يوسف : لو كان أقل من سفر فحكمه حكم مسيرة سفر ، أما في المصر أو في قرية أو بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافًا لأبي يوسف والشافعي ومالك . وأحمد توقف في ذلك . وفي «الحلة» عن مالك في المصر روايتان .

والثالث : أن يكون في دار الإسلام .

والرابع : أن يكون المأخوذ قدر النصاب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر : لا يعتبر النصاب لعموم الآية . ولنا قوله عليه السلام : « لا قطع في أقل من عشرة دراهم أو ربع دينار» ولم يفصل .

والخامس : أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال حتى إذا كان فيهم ذو رحم محرم أو صبي أو مجنون لا يجب عليهم القطع خلافًا لأبي يوسف . والثالثة إذا كانت فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية يقطع ، وبه قالت الثلاثة . والأصح أنها لا قطع .

والسادس : من إذا أخذوا قبل التوبة ، حتى إذا أخذوا بعد التوبة ورد المال سقط عنهم الحد لا خلاف فيه ، ولكن يسقط القصاص وضمان المال القائم والهالك .

م: (وإذا خرج جماعة) ش: هذا لفظ القدوري إلى قوله قتلهم حداً ، وأطلق اسم الجماعة لتناول المسلم والذمي والحر والعبد، وقوله م: (ممتنعين) ش: نصب على الحال من الجماعة ، والمعنى خرجوا عن طاعة الإمام حال كونهم ممتنعين ، والمراد من الامتناع أن يكون لا بحيث يمكن

أو خرج واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة . وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمة ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ (المائدة:الآية٣٣) ، والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال ،

لهم أن يدفعوا عن أنفسهم بقوتهم وشجاعتهم تعرض العين م: (**أو خرج واحد يقدر على الامتناع**) ش: بنفسه وقوله م: (**فقصدوا قطع الطريق**) ش: على المارة والمسافرين م: (**فأخذوا**) ش: على صيغة المجهول ، يعني أخذهم الإمام م: (**قبل أن يأخذوا**) ش: أي قطاع الطريق م: (**مالاً ويقتلوا نفسًا**) ش: أي وقبل أن يقتلوا نفسًا من المارة م: (**حبسهم الإمام**) ش: جواب قوله وإذا خرج ، وهذه حالتهم الأولى ، فإن فيها حبسهم الإمام م: (**حتى يحدثوا توبة**) ش: وهو المراد بالنفي المذكور في قوله : ﴿ **أو ينفوا من الأرض** ﴾ (المائدة : الآية ٣٣)، وهو قوله : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله** ﴾ . . . الآية ، على ما يجيء عن قريب إن شاءالله تعالى .

م: (**وإن أخذوا مال مسلم**) ش: هذه حالتهم الثانية م: (**أو ذمي**) ش: أي أو مال ذمي م: (**والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً**) ش: أي أكثر من عشرة ، وانتصابه على الحال فيهم من لم يدل على الأعراب م: (**أو ما تبلغ قيمة ذلك**) ش: أي أو أخذوا شيئًا من المتاع يبلغ قيمته عشرة دراهم .

وقال الحسن بن زياد : عشرون ، لأنه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط النصاب بأن م: (**قطع الإمام**) ش: جواب قوله وإن أخذوا مال مسلم م: (**أيديهم وأرجلهم من خلاف**) ش: يقطع اليمين من الأيدي واليسار من الأرجل .

م: (**وإن قتلوا**) ش: هذه حالتهم الثالثة م: (**ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً**) ش: أي قتلهم الإمام من حيث الحد لا قصاصًا ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم، وذلك لأن الحد حق الله تعالى .

ولو آثر العفو العبد في حقه تعالى وليس للإمام أيضًا أن يعفو بما روي عن النبي ﷺ : «تعافوا الحدود فيما بينكم . فإذا رفعت إلى الإمام فلا عفى الله عنه إن عفى» . ذكر الأترازي هذا الحديث ولم ينسبه إلى أحد من الصحابة ولا إلى مخرج معتبر .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في حد قطاع الطريق(**قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ الآية** (**المائدة :الآية ٣٣**)) ش: أي إلى آخر الآية م: (**والمراد منه -والله أعلم -التوزيع**) ش: أي من قول الله تعالى لهذا التوزيع م: (**على الأحوال**) ش: أي التقسيم على أحوال

وهي أربعة: هذه الثلاثة المذكورة ،والرابعة نذكرها .

المحاربين .

وأشار هذا إلى أن كلمة أو في الأئمة للتفصيل أو للتقسيم على اختلاف الجناية لا للتخيير كما قال مالك ، فإنه قال الإمام : إذا رأى القاطع جلد إذا رأى قطعه ، وإن كان جلد إذا رأى له قطعه ، والأكثر على أن أو للتوزيع ، وبه قال الشافعي والليث وإسحاق وحماد وقتادة وأبو مجلد لاحق بن حميد وأصحاب أحمد ، ومثل هذا روي عن ابن عباس .

وقال سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن البصرى والضحاك وإبراهيم النخعي وأبو ثور وداود : الإمام مخير فيه لظاهر النص .

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما -ما كان في القرآن أو فصاحته بالخيار ، وقوله : يحاربون الله ، المراد من محاربة الله محاربة أوليائه وهم المؤمنين على حذف مضاف وإقامة المضاف إليه مقامه، أو لما كانوا مخالفين أمر الله تعالى ساعين في الأرض بالفساد وكأنهم محاربين الله تعالى، فأطلق اسم المحاربة لله تعالى اتباعًا ، وقد ذكرنا أن هذه الآية نزلت في قطاع الطريق . وقيل نزلت في العرنيين ولم يصح ، لأن النبي ﷺ سمل أعينهم وليس في هؤلاء ذلك .

وقيل : في المرتدين فلم يصح أيضًا ، لأن الآية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الأرض بالفساد ، وليس شرط ذلك في المرتد ، ولأن القتل سقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم ، ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقًا . م: (وهي) ش: أي الأحوال م: (أربعة هذه الثلاثة المذكورة) ش: وعلمت من قبل م: (والرابعة) ش: أي حالة رابعة م: (نذكرها) ش: أي عن أبي يوسف، وهو قوله والرابعة إذا قتلوا . . . إلى آخره . والأحوال أربعة والأجزية كذلك . وكذا هذا في «الكافي» . وذكر التمرتاشي والأحوال خمس تخويف لا غير ، وهنا عن رد أدنى التقرير وحبسوا حتى يتوبوا .

والثانية : أخذ المال فهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمن المال قائمًا هالكًا . ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال قائم ولم يضمن الهالك عندنا ، خلافًا للثلاثة .

والثالث : خرجوا لا غير ، وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص ، والأمر شيء فيما لا يجري . والاستيفاء إلى صاحب الحق .

والرابعة : أخذوا المال وخرجوا بقطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة .

والخامسة : أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحد منهم رجلاً بسلاح أو غيره ، والإمام مخير على

ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، أما الحبس في الأولى فلأنه هو المراد بالنفي المذكور ، لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضاً لمباشرتهم منكر لإخافة ، وشرط القدرة على الامتناع ، لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة . والحالة الثانية كما بيناها

ما ذكره في المتن . م: (**ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال**) ش: أى على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق م: (**فاللائق تغلظ الحكم**) ش: أى الجزاء م: (**بتغلظها**) ش: أي بتغلظ الجناية لا بالتخيير ، لأنه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة جزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة .

م: (**أما الحبس في الأولى**) ش: أى في الحالة الأولى م: (**فلأنه**) ش: أى فلأن الحبس م: (**هو المراد بالنفي المذكور ، لأنه**) ش: أى لأن الحبس م: (**نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها**) ش: وعند الشافعي ينفى من بلد إلى بلد لا يزال يطلب ، وهو هارب فزعًا . وقال النخعي وقتادة وعطاء وأحمد: النفي تشريدهم عن الأمصار ، لأن النفي مستعمل في الطرد والإبعاد .

ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري . وعن ابن عباس -رضي الله عنهما - أنه ينفى من بلده إلى بلد غيره ، وبه قالت طائفة من أهل العلم ، وما قلناه أولى ، لأن تشريدهم بدون الحبس إخراج لهم إلى مكان يقطعون الطريق ويؤذون الناس .

وظاهر الآية تدل على أن النفي من وجه الأرض ، ولا يمكن أن ينفى من جميع وجه الأرض، لأن ذا لا يتحقق ما دام حيًا .

والمراد عن بعضها وهو بلده ، وبه لا يحصل المقصود ، وهو رفع أذاه عن الناس وإن كان في دار الإسلام إلى دار الحرب ففيه تعريضه على الردة وصيرورته حرميًا ، فعلم أن المراد نفيه عن جميع وجه الأرض لدفع شره، ولا يمكن هذا إلا بالحبس ، لأن المحبوس يسمى خارجًا من الدنيا .

وقال صالح بن عبد القدوس : خرجنا عن الدنيا ونحن من أهلنا فلا يستأمن الأحياء فيها ولا الموتى إذا خانا السجان يومًا لحيلة عجبنا وقلنا جار هذا من الدنيا . م: (**ويعزرون أيضًا لمباشرتهم منكر الإخافة**) ش: الإخافة مصدرمن أخاف يخيف إخافة، وقال أبو بكر لا حد فيه ، فيجب في مثله الحبس والتعزير .

م: (**وشرط القدرة على الامتناع**) ش: أى شرط القدوري قدرة قطاع الطريق على كونهم ممتنعين م: (**لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة**) ش: لأنه إذا لم يكن لهم منفعة وقوة على قطع الطريق لا يسمون قطاع الطريق ، بل لهم لصوص دائرون يترقبون الغفلة عن الناس ليأخذوا أشياء .

م: (**والحالة الثانية كما بيناها**) ش: أى كمابينا حكمًا من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف م:

لما تلوناه ، وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع ، وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرقه إلا بتناوله ما له خطر ، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة . والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ، ويقتلون حداً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنه حق الشرع .

(**لما تلوناه**) ش: وهي الآية المذكورة م: (**وشرط**) ش: أى القدوري م: (**أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة**) ش: وليس تأبيد العصمة إلا في مال المسلم أو الذمي .

م: (**ولهذا**) ش: أى ويكون الشرط في المال المأخوذ أن يكون من المسلم أو الذمي م: (**لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع**) ش: لأن ماله غير معصوم على وجه التأبيد م: (**وشرط**) ش: أى القدوري م: (**كمال النصاب في حق كل واحد**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد .

وعند مالك -رحمه الله - لا يشترط النصاب كما لا يشترط الحرز ، وبه قال ابن المنذر وأبو ثور . وعن الشافعي -رحمه الله - في قول كقول مالك . وفي «شرح الوجيز» والمذهب هو الأول م: (**كيلا يستباح طرقه**) ش: أى طرق قاطع الطريق م: (**إلا بتناوله ماله خطر**) ش: أى قدروا قيمته .

م: (**والمراد**) ش: أى من قوله تعالى : ﴿ **أن تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف** ﴾ (المائدة : الآية ٣٣) م: (**قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى**) ش: ولا خلاف لأهل العلم فيه ، ولأن هذه الجناية لفاحشتها صارت كالسرقتين ، والحكم في السرقتين هكذا .

فإن قيل ينبغي أن يكون نصاب كل واحد عشرين ، لأنه كالسرقتين . قلنا تغلظ هذا الحد باعتبار تغلظ فعلهم محاربة الله ورسوله لا بكثرة المال .

م: (**كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة**) ش: ولهذا إذا كانت يده اليمنى شلاء أو مقطوعة لا تقطع يده اليسرى ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي في اليد الشل في قطعها روايتان كما في السارق ، ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط ، ولا خلاف فيه .

م: (**والحالة الثالثة كما بيناها**) ش: بقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً م: (**لما تلوناه**) ش: من الآية الكريمة م: (**ويقتلون حداً**) ش: العين في هذه الحالة يقتل قطاع االطريق من حيث الحد م: (**حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنه حق الشرع**) ش: أى لأن الحد حق الشرع فلا يدخل عفو ، وعليه جميع أهل العلم .

والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم ، وقال محمد -رحمه الله-: يقتل و يصلب ولا يقطع، لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم . ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها ، وهو تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال ، ولهذا كان قطع اليد والرجل معًا في الكبرى حداً واحداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود لا في حد واحد . ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه ،

م: (والرابعة) ش: أى الحالة الرابعة م: (إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم) ش: يعني من غير قطع ، وإن شاء صلبهم . وفي «جامع البزدوي» إن شاء صلبهم وإن شاء قتلهم من غير قطع م: (وإن شاء صلبهم) ش: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول زفر . وقال أبو يوسف : لا بد من الصلب .

م: (وقال محمد - رحمه الله - يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأنه) ش: أى لأن قطع الطريق م: (جناية واحدة) ش: وهي قطع الطريق م: (فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم) ش: فإن السارق إذا زنى فهو محصن فإنه يرجم لا غير ، لأن القتل يأتي على ذلك كله ، وفي عامة الرواية من المباسط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ، وأبي يوسف م: (أن هذه عقوبة واحدة) ش: من حيث إنها قطع الطريق لكنها م: (تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي) ش: أي على النهاية م: (بالقتل ، وأخذ المال ، ولهذا) ش: أى لكونها عقوبة واحدة م: (كان قطع اليد والرجل معًا في الكبرى) ش: أى في السرقة الكبرى ، وهي قطع الطريق م: (حداً واحداً وإن كانا في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود) ش: إنما يكون في الحدود م: (لا في حد واحد) ش: وهو القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان .

فإن قلت : لو كانا حداً واحداً لم يجز للقاضي أن يقتصر على القتل .

قلت: إنما جاز ذلك لأن الترتيب ليس بواجب على ما بين القطع والقتل ، فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع لعدم فائدته كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات ترك ما بقي ، لأنه لا فائدة في إتمامه .

م: (ثم ذكر) ش: أى القدوري م: (في الكتاب) ش: أى في مختصره م: (التخيير بين الصلب وتركه) ش: وهو قوله وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم وهو ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يتركه ، لأنه منصوص عليه ، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيتخير فيه ، ثم قال : ويصلب حياً ويبعج بطنه ويطعن حتى يموت ، ومثله عن الكرخي -رحمه الله- وعن الطحاوي ، -رحمه الله- أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة . وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به . ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يترك على خشبة حتى يتقطع

م: (وعن أبي يوسف- رحمه الله - أنه) ش: أى الإمام م: (لا يتركه) ش: أى لا يترك الصلب م: (لأنه) ش: أى لأن الصلب م: (منصوص عليه) ش: وهو قوله تعالى : ﴿أو يصلبوا ﴾ (المائدة : الآية ٣٣) م: (والمقصود التشهير ليعتبر به غيره) ش: وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله .

م: (ونحن نقول أصل التشهير بالقتل) ش: أى يحصل بالقتل م: (والمبالغة في الصلب فيتخير فيه) ش: أى فيتخير الإمام في الصلب م: (ثم قال) ش: أى القدوري م: (ويصلب حيًا) ش: أى يصلب قاطع الطريق حال كونه حيًا م: (ويبعج بطنه) ش: أى تشق من باب فعل يفعل بالفتح فيهما ، يقال بعج الأرض شقها ، ومنها قول القدوري .

حكى السرخسي عن أبي يوسف : وروي عن أبي يوسف أنه قال يصلبه وهو حي م: (ويطعن) ش: في لبته م: (حتى يموت) ش: ومرة قال تحت ثديه الأيسر ويخضخض حتى يموت .

كذا ذكره أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» برمح متعلق بقوله ويبعج وتلازم المجمع إلى أن يموت م: (ومثله عن الكرخي - رحمه الله-) ش: أي ومثل ما روي عن أبي يوسف وروي عن الشيخ أبي الحسن الكرخي.

م: (وعن الطحاوي - رحمه الله - أنه يقتل ثم يصلب توقيًا عن المثلة) ش: أي احترازاً عنها ، لأن النبي ﷺ نهى عن المثلة ، وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله - .

م: (وجه الأول) ش: أراد به يصلب حيًا م: (وهو الأصح) ش: أي الأول هو الأصح م: (أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ش: أي الزجر به م: (وهو المقصود به) ش: أي بالصلب م: (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها) ش: أي بعد ثلاثة أيام م: (فيتأذى الناس به) ش: وبه قال الشافعي في الأصح .

وعن أحمد أنه لم يوقت في الصلب ، وقال أصحابه : الصحيح أنه يوقت بما يحصل به التشهير ، والتوقيت بثلاثة أيام بغير دليل ذكره ابن قدامة في المغني وليس كذلك، فإن التشهير لا يحصل بالزمان القليل عادة ، فمرة بالثلاث كما في مدة الخيار ومهلة المزبة وغيرهما .

م: (وعن أبي يوسف-رحمه الله- أنه) ش: أي أن المصلوب م: (يترك على خشبة حتى يتقطع

ويسقط ليعتبر به غيره . قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه ، والنهاية غير مطلوبة . قال وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى ، وقد بيناه . فإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم ، لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض ، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم والقتل إن كان بعصًا أو بحجر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقع قطعاً للطريق بقتل المارة ،

ويسقط ليعتبر به غيره) ش: وبه قال الشافعي في وجه م: (قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه) ش: أي بالصلب ثلاثة أيام م: (والنهاية غير مطلوبة) ش: لأن المقصود نفي الزجر م: (قال: وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى) ش: لأن الحد لما أقيم سقط عصمة المال كما في السرقة م: (وقد بيناه) ش: أي الضمان مع الخلاف في السرقة الصغرى .

م: (فإن باشر القتل أحدهم) ش: أي أحد قطاع الطريق م: (أجرى الحد عليهم بأجمعهم) ش: وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي : يحد المباشر لا الردء ، ولأنه جرى الفصل كحد الزنا فلا يجب على غير المباشر .

قلنا : يجب على الكل م: (لأنه جزاء المحاربة، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءًا) ش: أي عونًا م: (للبعض ، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم) ش: أي انضموا إليهم ، ولم ترد الشراح هنا شيئًا على قولهم انضموا إليهم .

فقوله : إذا زلت أقدامهم كناية عن أقدامهم ، والضمير فيه وفي قوله إليهم راجع إلى المحاربين الذين يباشرون القتال ، يدل عليه قوله جزاء المحاربة . والضمير في قوله انحازوا يرجع إلى الردء ، لأن الردء يستوي فيه الواحد والجمع .

وحاصل المعنى إذ إن أمر المحاربين إلى – الإنزام سمار الردء إليهم معسونهم وسفرونهم ؟ – فكذلك يشركون مع الغانمين في الغنيمة .

م: (وإنما الشرط القتل من واحد منهم) ش: لأن يمكنه من القتل حصل بالكل فيقتلون جميعًا ، ولفظ الأصل ومن باشر ولم يباشر في الحكم سواء ، وذلك لأن تمكين القتل حصل باليد ، والقتل حد قطاع الطريق إذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعًا ، وهذه لأن قوله وجب حداً عليهم لا قصاصًا فلم يعتبر المساواة ، فصار من قتل ومن لم يقتل سواء .

م: (والقتل) ش: أي قتل قطاع الطريق م: (إن كان بعصًا أو بحجر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقع قطعًا للطريق بقتل المارة) ش: يعني بأي شيء قتل قاطع الطريق ، قيل لأنه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة ، ولهذا يقتل غير المباشر .

وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه مما فيه الأرش ، وذلك إلى الأولياء ، لأنه لا حد في هذه الجناية ، فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات ، لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ، كما يسقط عصمة المال ، وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل فإن شاء الأولياء قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه ، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد المال

م: (**وإن لم يقتل القاطع**) ش: أي قاطع الطريق م: (**ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه مما فيه الأرش ، وذلك**) ش: أي استيفاء القصاص وأخذ الأرش م: (**إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد**) ش: أي في النفس والمال م: (**وهو ما ذكرناه**) ش: أي حق العبد القصاص والأرش م: (**فيستوفيه الولي**) ش: أي يستوفي القصاص الولي فيما مستطاع منه القصاص .

وبه قالت الأئمة الثلاثة ، كما إذا قطعوا اليسار أو الذكر لا قصاص فيه في الظاهر يؤخذ الأرش ، خلافًا لأبي حنيفة فيما إذا قطع من الأصل وفي الحقيقة والحشفة قصاص اتفاقًا ، لأن موضع القطع معلوم إلا إذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص ، وكذا إذا ضربوا العين وقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الأرش ، إلا إذا كانت العين قائمة فذهب بصرها ففيه القصاص لا بمكان المماثلة ، كذلك لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الأرش . م: (**وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات**) ش: لأن الحد والضمان لا يجتمعان عندنا م: (**لأنه لما وجب الحد حقًا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقًا للعبد، كما يسقط عصمة المال**) ش: وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل عصمة النفس والمال ، لأن القطع مع الضمان يجتمعان عندهم . م: (**وإن أخذ**) ش: أي قاطع الطريق م: (**بعدما تاب وقد قتل**) ش: أي والحال أنه قد قتل عمداً بحديدة م: (**فإن شاء الأولياء قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه ، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿**إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم**﴾ (المائدة : الآية ٣٤) ، فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فيه بلا خلاف .

واعترض بأن قوله : ﴿ **إلا الذين تابوا** ﴾ ها هنا نظيره في قوله : ﴿ **أولئك هم الفاسقون، إلا الذين تابوا** ﴾ ، فكيف يكون سياق قوله ﴿ **ولهم في الآخرة عذاب عظيم** ﴾ إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين . وأجيب : بأن قوله : ﴿**وأولئك هم الفاسقون**﴾ لا يصلح ، بخلاف قوله ﴿ **ولهم في الآخرة عذاب عظيم** ﴾ .

م: (**ولأن التوبة تتوقف على رد المال**) ش: يعني مما إذا أخذ المال ، لأن الظالم إذا غصب مال

ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال ، حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك

أحد لا يكون ثابتًا وإن تاب ألف مرة بلسانه مالم يرد المال، لأن تلك العصبة لا ترتفع إلا برد المال.

فلما رد المال قبل الأخذ بطل عنه الحد كالسارق إذا أدى المال قبل الترافع م: **(ولا قطع في مثله)** ش: لانقطاع الخصومة وهي شرط فيه م: **(فظهر حق العبد في النفس والمال ، حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك)** ش: وفي «المبسوط» و«المحيط» رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال ، إذ لا يقام الحد إلا بخصومة صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام ، فيسقط الحد.

أما إذا تابوا ولم يردوا المال لم يذكره في الكتب نصًا ، فقد اختلف المتأخرون فيه : قيل : لا يسقط الحد ، فإنه على سائر الحدود ، فإنها لا تسقط بنفس التوبة . وقيل : يسقط وإليه أشار محمد في الأصل أن الحد يسقط في السرقة الكبرى ، الاستثناء في النص والاستثناء في غيره وسائر الحدود القذف لا يسقط بالتوبة عندنا ومالك وأحمد في رواية وللشافعي في قول .

وقال أحمد في رواية والشافعي في قول يسقط لقوله تعالى : **﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾** (النساء : الآية ١٦) .

وقال في حد السرقة : **﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾** (التوبة : الآية ٣٩) ، ولأنه حق الله فيسقط بالتوبة كحد المحارب .

قلنا قوله : **﴿ فاجلدوا ﴾ ﴿فاقطعوا﴾** عام في الثابت وغيره ، والنبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي أتى بالسرقة وقد صاروا ما يطلبون النظير وعلم النبي ﷺ توبتهم فأتاه الحد، والآن الحد لغارة فلم يسقط بالتوبة لكفارة اليمين والقتل ، لأنه يقدر عليه كل أحد بعد باب الحد .

وأما الآية فمنسوخة ، هو كان في بدء الإسلام ، والآية الثانية تدل على أن الحد لم يصر مستحقًا للمعتوه ، وأما حد القطاع فيسقط بالنص ولم يجئ نص في غيره .

وقال الأترازي فإن قلت : اليسر رفض قول صاحب الهداية لا بالتوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك ، لأنه إذا رد المال كيف يهلك في يده

قلت : يمكن أن يهلك البعض معزور البعض ، ورد البعض علامة صحة ثبوته ، فإذا هلك الباقي قبل التمكن منه ، أو استهلكه بعد وجود علامة صحة ثبوته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد ، فيجب المال.

وإن كان في القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين ، فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر -رحمهما الله- . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون ، وعلى هذا السرقة الصغرى . له أن المباشر أصل والردء تابع ، ولا خلل في مباشرة العاقل المكلف ، ولا اعتبار بالخلل في التبع ، وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم . ولهما أنه

وقال الأكمل : هذا إنما يتم لولا سبب التوبة متوقفة على رد جميع المال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الموضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ .

م: (**وإن كان في القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين**) ش: هذه مسألة القدوري في مختصره ، إلا أن لفظه وإن كان فيهم صبي ، وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن أصحابنا . وقال المصنف م: (**فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر- رحمهما الله - . وعن أبي يوسف - رحمه الله- أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون**) ش: أي من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء الباقين . وقال الأترازي : والعجب من صاحب الهداية أنه قال وعن أبي يوسف بعد أن قال والمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر . وكان القياس أن يقول أبو يوسف ولم يذكر قول محمد وقوله مع أبي حنيفة . وقد صرح الشيخ أبو نصر بذلك انتهى .

قلت : لعجبه عجب ، لأن القدوري ذكر في شرحه لمختصر الكرخي وعند أبي يوسف . وذكر البيهقي في كفاية بلفظه عن أبي يوسف ، ويحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه بعد أن كان مع أبي حنيفة .

م: (**وعلى هذا السرقة الصغرى**) ش: أي وعلى هذا الخلاف حكم السرقة الصغرى إن ولي الصبي أو المجنون إخراج المتاع ، وإن ولى غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون .

م: (**له**) ش: أي لأبي يوسف -رحمه الله - م: (**أن المباشر أصل ، والردء تابع**) ش: أي المباشر أصل في الفعل ، والردء أي المعين تابع م: (**ولا خلل في مباشرة العاقل المكلف ، ولا اعتبار بالخلل في التبع**) ش: وهو الصبي أو المجنون لعدم القصد الصحيح منهما ، وسقوط الحد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع .

م: (**وفي عكسه**) ش: وهو أن يباشر الصبي أو المجنون م: (**ينعكس المعنى والحكم**) ش: الحكم هو أن لا يجب على الباقين ، والمعنى هو العلة وهي أن سقوطه عن الحد يوجب السقوط من التبع .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - م: (**أنه**) ش: أي أن قطع الطريق م:

جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة، وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد . وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ، فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن ، لأن الامتناع في حقه من وجه خلل في العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز ، والقافلة حرز واحد، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء ؛ لظهور حق العبد على ما ذكرناه ،

(جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم تقع فعل بعضهم موجبًا) ش: لكان الشبهة م: (كان فعل الباقين بعض العلة ، وبه) ش: أي وبعض العلة م: (لا يثبت الحكم ، فصار كالخاطئ مع العامد) ش: كما إذا رمى رجل سهامًا إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ فأصابه السهمان معًا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لما أن الفعل واحد فيكون فعل المخطئ مورث شبهة في حق العامد.

م: (وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله) ش: الذي قاله أبو بكر الرازي الداريسي -رحمه الله- فإنه قال تأويل المسألة م: (إذا كان المال مشتركًا بين المقطوع عليهم) ش: قطاع الطريق ذو رحم محرم لا يجب الحد باعتبار نصيب ذوي الرحم ، فيصير شبهة في نصيب الباقين ، فلا يجب الحد عليهم ، لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع في حق أحدهم سبب القرابة يمنع في حق الباقين.

فأما إذا لم يكن المال مشتركًا بينهم فإن لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي م: (والأصح أنه مطلق) ش: أي محرز على إطلاقه ، وإنهم لا يحدون بكل حال ، لأن مال جميع العاقلة في حق القطاع شيء واحد ، لأنه محرز واحد وهو العاقلة م: (لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه) ش: أشار به إلى قوله ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل م: (فالامتناع) ش: بعد، أي امتناع الحد م: (في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) ش: لأن بعض العلة يترتب عليه الحكم .

م: (بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن) ش: أي في العاقلة ، وهذا جواب سؤال مقدر بأن يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ، ثم وجود هذا في العاقلة يسقط الحد ، فينبغي أن يسقط الحد وجود المستأمن أيضًا ، فأجاب عنه قوله بخلاف المستأمن لوجوده في العاقلة م: (لأن الامتناع في حقه) ش: أي امتناع الحد في القطع على المستأمن م: (من وجه خلل في العصمة) ش: أي في عصمة ماله وهو خاص به ، وهو معنى قولهم: (وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز) ش: أي الخلل في العصمة يخص المستأمن م: (والقافلة حرز واحد) ش: والشبهة تمكنت فيه .

م: (وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه) ش: أشار به إلى

فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا . وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ؛ لأن الحرز واحد ، فصارت القافلة كدار واحدة . ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً . وفي القياس يكون قاطعا للطريق ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- بوجوده حقيقة . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث . وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به فهم قطاع الطريق ، لأن السلاح لا يلبث ، والغوث يبطئ بالليالي . ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه ،

قوله لأن الجناية واحدة م: **(فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا)** ش: لأن الحق لهم م: **(وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ، لأن الحرز واحد ، فصارت القافلة كدار واحدة)** ش: كما لو سرق من دار سكن السارق فيها ، فإذا لم يجب الحد وجب القصاص إن قتل عمداً ورد المال إن أخذه وهو قائم والضمان إن هلك أو استهلك .

م: **(ومن قطع الطريق ليلا أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة)** ش: أي أو قطع الطريق بين الكوفة م: **(والحيرة)** ش: وهي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي أول منازل الكوفة .

وقال تاج الشريعة : الحيرة بكسر الحاء مدينة على رأس ميل من الكوفةم: **(فليس بقاطع الطريق استحسانًا ، وفي القياس يكون قاطعًا للطريق ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - بوجوده حقيقة)** ش: أي بوجود القطع من حيث الحقيقة .

م: **(وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه)** ش: أي بقرب المصر م: **(لأنه لا يلحقه الغوث)** ش: وهواسم من الإغاثة م: **(وعنه)** ش: أي وعن أبي يوسف ، رواه القدوري م: **(إن قاتلوا نهارًا)** ش: أي في المصر م: **(بالسلاح أوليلاً به)** ش: أي أو قاتلوا ليلا بالسلاح أو بالخشب م: **(فهم قطاع الطريق)** ش: بضم القاف وتشديد الطاء جمع قاطع م: **(لأن السلاح لا يلبث)** ش: من الألبابم: **(والغوث يبطئ بالليالي)** ش: والعرب سمى الليالي مستحق القطع .

وبه قال الشافعي : وقال أكثر أصحابنا يثبت المحاربة في أي موضع لا يلحقه الغوث ، وفي الحلية ذكر في «الحاوي» أن القوى التي فعل أهلها حكمها حكم الصحراء بتحقق المحاربة .

وأما الأمصار الكبار فمن قصد نواحيها جهازًا فكذلك ، وأما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر الناس فيها في أسواقهم ودورهم إذا كسبوا سوقانها ونهبوها أو دورًا فنهبوها فيه وجهان أصحهما أن حكم المحاربين .

م: **(ونحن نقول إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه)** ش: أي في

لأن الظاهر لحوق الغوث يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية . ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا ، ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهي مسألة القتل بالمثقل ، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى . وإن خنق في المصر غير مرة قتل به ، لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل ، والله أعلم .

المصر م: (**لأن الظاهر لحوق الغوث ، يؤخذون برد المال إيصالا للحق إلى المستحق، ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ، ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء**) ش: قصاصًا أو صلحًا أو عفوًا ، لأن ظهر حقهم حيث لم يجب الحد م: (**لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله بظهور حق العبد ، والفتوى عليه ، وقول أبي يوسف لمصلحة الناس ، واختاره القفال من أصحاب الشافعي .

م: (**ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) ش: لأنه يوجب القصاص بالمثقل ، أشار إليه بقوله م: (**وهي مسألة القتل بالمثقل ، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى**) ش: .

م: (**وإن خنق**) ش: أي بمصر خنقه ، ومصدره الخنق بكسر النون ، ولا يقال بالسكون، كذا من الفار إلى م: (**في المصر غير مرة**) ش: قال الأترازي : خنق بالتشديد سماعًا وتخفيفًا ، لأن التفعيل للشر .

قلت : التكثير استفيد من قوله غير مرة ، فلا حاجة إلى التشديد م: (**قتل به**) ش: أي بسبب الخنق م: (**لأنه صار ساعيًا في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل**) ش: وفي «الكافي» ثقيل سماعه من، لأنه ذو فتنة .

وفي «المحيط» : عشرون ، قوله من الطريق وأخذن المال قتلن وضمن المال وبه قالت الثلاثة ، ولو كانت فيهم امرأة قتلت وأخذت ولم يقتل الرجال ويقتل الرجال دون المرأة عند أبي حنيفة ، وعند الثلاثة تقتل المرأة أيضًا ، وعند محمد يسقط الحد عن الرجال أيضًا ، خرج قاطعًا للطريق على أن يسلب أموال الناس فاستقبله الناس فقتلوه لاشيء عليهم ، ولو قدم رجل من القطاع إلى موضع لا يقدمه على قطع الطريق ثم قتلوه كانت الدية عليهم م: (**والله أعلم**) .

* * *

كتاب السير

السير : جمع سيرة ، وهي الطريقة في الأمور ، وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه . قال: الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين ، أما الفرضية فلقوله تعالى : ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ (التوبة:الآية٣٦) ،

م: **(كتاب السير)**

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام م: **(السير)** ش: وهو م: **(جمع سيرة)** ش: على مايذكره المصنف -رحمه الله - م: **(وهي الطريقة)** ش: سمي بهذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي ﷺ والصحابة - رضي الله عنهم - والمسلمين ، ويقال السيرة فعلة من السيرة ، وقد يراد به السير الذي هو قطع المسافة .

وقد يراد به السير في المعاملات ، وسميت المغازي سيرًا لأن أول أمرها السير إلى العدو ؛ لأن المراد بها سير الإمام إلى العدو ، ومع الغزاة في المغز أصل السبق حالة السير ، إلا أنها غلبت شرعًا على أمور المغازي كالمناسك على أمر الحج ، والمغازي جمع غزاة من غزوت العدو وقصدته للقتالة غزوًا وغزوة وغزاة ومغزاة ، وسمى كتاب الجهاد أيضًا لما فيه من بيان المجاهدة مع الأعداء لإعزاز الدين وهدم قواعد المشركين .

وفي «التحفة» : الجهاد شرعًا هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من لا يقبله .

فإن قلت : ما المناسبة بين الكتابين .

قلت : المناسبة بينهما في كون كل منهما إخلاء العالم عن المعاصي ، وقدم الحدود لأنها أدنى ، والترقي يكون من الأدنى إلى الأعلى ، وقيل قدم الحدود لأنها مقابلة مع المسلمين في الأغلب ، والجهاد مع المشركين فقدم ما يخص المسلمين .

السير بكسر السين وفتح الياء جمع سيرة .

م: **(في الأمور)** ش: خيرًا كانت أو شرًا ، ومنه سيرة العمرين ، أي طريقتهما م: **(وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه)** ش: وقد مر الكلام فيه .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين)** ش: إلى هنا كلام القدوري في مختصره ، ثم شرع المصنف -رحمه الله - يعبره بقوله م: **(أما الفرضية فلقوله تعالى : ﴿ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ﴾ (التوبة : الآية ٣٦))** ش: كان رسول الله ﷺ مأمورًا في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين ، قال الله تعالى

ولقوله عليه السلام : الجهاد ماض إلى يوم القيامة وأراد به فرضاً باقياً ، وهو فرض على الكفاية ،

﴿**فاصفح الصفح الجميل**﴾ (الحجر : الآية ٨٥) .

وقال : ﴿ **وأعرض عن المشركين** ﴾ (الحجر : الآية ٩٤) ، ثم أمر بالدعاء وبالموعظة والمجادلة بالطريق الأحسن .

قال عز وجل : ﴿ **ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن** ﴾ (النحل : الآية ١٢٥) ثم أمر بالمجادلة إذا كانت البداية منهم .

فقال : ﴿ **أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا** ﴾ (الحج : الآية ٣٩) ، أي أذن لهم بالدفع .

وقال : ﴿ **فإن قاتلوكم فاقتلوهم** ﴾ (البقرة : الآية ١٩١) ، ثم أمر بالبداية بالقتال .

قال الله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ (التوبة : الآية ٥) .

وقال تعالى : ﴿ **فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون** ﴾ ، (التوبة : الآية ٥) .

ولقوله تعالى : ﴿ **وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله**﴾ (الأنفال : الآية ٣٩) .

ولقوله تعالى : ﴿ **كتب عليكم القتال وهوكره لكم** ﴾ (البقرة : الآية ٢١٦) .

معناه فرض عليكم القتال لقوله : ﴿ **كتب عليكم الصيام**﴾ (البقرة : الآية ١٨٣) .

ولقوله تعالى : ﴿ **انفروا خفافًا وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله** ﴾ (التوبة : الآية٤١) .

م: (**ولقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**الجهاد ماض إلى يوم القيامة**) ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولا في سننه ، حدثنا سعيد بن منصور قال أبو معاوية حدثنا جعفر بن برقان عن زيد بن أبي شيبة عن أنس - رضي الله عنه - قال قال رسول الله ﷺ « **ثلاث من أصل الإيمان الكف عمن قال لا إله إلا الله ، ولا يكفره بذنب ولا يخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل ، والإيمان: بالأقدار** »[1] وقال المنذري في مختصره : زيد بن أبي شيبة في معنى المجهول ، وقال عبدالحق : زيد بن أبي شيبة وهو رجل من بني سليم لم يرو عنه إلا جعفر بن برقان .

م: (**وأراد به فرضًا باقيًا**) ش: هذا تفسير من المصنف لقوله عليه السلام : **الجهاد فرض ماض** ، يعني فرضًا دائمًا إلى يوم القيامة ، م: (**وهو فرض على الكفاية**) ش: أي الجهاد فرض كفاية .

---

(١) أبو داود [في الجهاد - باب الغزو مع أئمة الجور] (٢٥٣٢) .

لأنه ما فرض لعينه ، إذ هو إفساد في نفسه ، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ، فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ، وإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه ؛ لأن الوجوب على الكل ، ولأن في انشغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية ، إلا أن يكون النفير عاماً فحينئذ يصير من فروض الأعيان ؛

وقال أبو بكر الرازي : في شرحه «مختصر الطحاوي» : الجهاد عند أصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم وطلب علم الدين والقيام به وتعليمه .

ويحكى عن ابن شبرمة والثوري أن الجهاد تطوع وليس بواجب . انتهى .

قلت : كذا روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - سئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب ، قالا ما علمناه واجبًا ، وقالوا قوله تعالى : ﴿ **كتب عليكم القتال** ﴾ للندب كما في قوله : ﴿ **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية** ﴾ (البقرة : الآية ١٨٠) ، وعند أكثر أهل العلم فرض على الكفاية إلا ابن المسيب ، فإنه قال فرض عين لعمومات في النصوص .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الجهاد م: **(ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه)** ش: لأنه تعذيب عباده وتخريب بلادهم: **(وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد)** ش: وإليه الإشارة في قوله تعالى : ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله**﴾ (الأنفال : الآية ٣٩) م: **(فإذا حصل المقصود بالبعض)** ش: أي ببعض الناس ، والمقصود هو الذي ذكره من إعزاز دين الله ودفع الشر عن عباد الله م: **(سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام)** ش: فإن البعض إذا قام بها سقط عن الباقين .

م: **(وإن لم يقم به أحد)** ش: أي بهذا الفرض الذي هو سمي فرض كفاية م: **(أثم جميع الناس بتركه ، لأن الوجوب على الكل)** ش: أي كل الناس م: **(ولأن في انشغال الكل به)** ش: وفي بعض النسخ في اشتغال الكل به ، أي اشتغال كل الناس ، أي بالجهاد م: **(قطع مادة الجهاد من الكراع)** ش: والمراد به الخيل ها هنا .

والكراع كراع الشاة والبقرة م: **(والسلاح)** ش: أي وقطع مادة الجهاد بالسلاح ، فإذا انقطعت مادة الجهاد ينقطع الجهاد ، فينبغي أن يقوم بعض الناس بالجهاد وبعض بتحصيل أسبابه من التجارة والزراعة والحرف التي يحصل بها آلات الجهاد ، فإذا كان الأمر كذلك م: **(فيجب على الكفاية)** ش: حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

م: **(إلا أن يكون النفير عامًا)** ش: استثناء من قوله فيجب على الكفاية ، أي يجب الجهاد على الكفاية إلا إذا كان النفير عامًا بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين م: **(فحينئذ يصير من فروض الأعيان)** ش: فيفترض على كل واحد .

لقوله تعالى : ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ (التوبة: الآية ٤١) ، وقال في «الجامع الصغير» الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام على أن الجهاد يجب على الكفاية ، وآخره إلى النفير العام ، وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل . وقتال الكفار واجب وإن لم يبدوا للعمومات .

فيقاتل العبد بدون إذن سيده ، والمرأة بدون إذن الزوج م: (**لقوله تعالى : ﴿ انفروا خفافًا وثقالاً﴾** (التوبة : الآية ٤١)) ش : أي ركبانًا ومشاة ، وشبابًا وشيوخًا، ومهازيل وسمانا ، وصحاحًا ومراضًا ، يقال نفر إلى العدو ونفر أو نفير أي خرج ، وقيل خرابًا ومتأهلين ، وقيل أغنياء وفقراء .

واعترض بأن الآية عامة فما وجه تخصيصه بالنفير العام ، فكيف خص به ، وأجيب : بأنها لو لم يختص بها لوقع الناس في حرج ، ولأنه عليه السلام كان يخرج مع كثير من أهل المدينة ولو كان فرض عين لم يدع أحداً منهم .

م: (**وقال في« الجامع الصغير»**) ش: أي محمد : م: (**الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام**) ش: أي أول كلام محمد في آخر الكتاب في الجامع الصغير م: (**على أن الجهاد يجب على الكفاية**) ش: وأراد بأول الكلام قوله : الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة .

وذلك لأنه قال : إنهم في سعة ، يعني يسع لبعضهم تركه إذا حصلت الكفاية بالآخرين م: (**وآخره**) ش: أي آخر كلامه أشار م: (**إلى النفير العام**) ش: لأنه قال : حتى يحتاج إليهم ، يعني إذا احتيج إليهم في النفير العام لا يكون لهم سعة في ترك الجهاد حينئذ م: (**وهذا**) ش: إيضاح لما قبله من وجوب الجهاد على الكل عند النفير العام .

م: (**لأن المقصود عند ذلك**) ش: أي عند النفير العام م: (**لا يتحصل إلا بإقامة الكل**) ش: أي كل الناس ، فإن كان كذلك م: (**فيفرض**) ش: أي الجهاد م: (**على الكل**) ش: أي على كل الناس .

م: (**وقتال الكفار واجب وإن لم يبدوا**) ش: يعني الكفار الذين امتنعوا عن قبول الإسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وإن لم يبدؤونا بالقتال . وكذا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم ، وقال الثوري : لا يجوز قتالهم حتى يبدؤونا لقوله تعالى: ﴿ **فإن قاتلوكم فاقتلوهم** ﴾ وقال عطاء : لا يجوز في الأشهر الحرم م: (**للعمومات**) ش: أي للعمومات الواردة في ذلك من الآية والأخبار لقوله تعالى : ﴿**اقتلوا المشركين** ﴾ وقوله : ﴿**وقاتلوا**﴾ أي الكفار ، وقوله عليه السلام : « **الجهاد ماض إلى يوم القيامة** » ، وقوله عليه السلام : « **أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله**» .

فإن قيل : العمومات متعارضة فقوله تعالى : ﴿**فإن قاتلوكم فاقتلوهم** ﴾ (البقرة : الآية ١٩١)

ولا يجب الجهاد على الصبي ؛ لأن الصِّبا مظنة المرحمة ، ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ، ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم ، فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع ، تخرج المرأة بغير إذن زوجها ، والعبد بغير إذن المولى ؛ لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم ، بخلاف ما قبل النفير ، لأن بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج . ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء

وهذا يدل على أن قتالهم إنما يجب إذا بدؤونا بالقتال كما قاله الثوري ، وأجيب : بأنه منسوخ بقوله : ﴿ **وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة** ﴾ (الأنفال : الآية ٣٩) ، وبقوله : ﴿ **قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله** ﴾ (التوبة : الآية ٢٩) .

م: (**ولا يجب الجهاد على الصبي ، لأن الصِّبا**) ش: بكسر الصاد وفتح الباء م: (**مظنة المرحمة**) ش: قال ابن الأثير : المظنة بكسر الظاء موضع الشيء ومعدنه مفعلة من الظن بمعنى العلم ، وكان القياس فتح الظاء ، وإنما كسرت لأجل الهاء م: (**ولا عبد**) ش: أي ولا يجب على عبد م: (**ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولامقعد ولا أقطع لعجزهم**) ش: وهذا كله بإجماع الأربعة ، وقال صاحب الديوان : المقعد الأعرج .

م: (**فإن هجم العدو**) ش: من قولهم هجمت على القوم إذا دخلت عليهم ، وفي المغرب الهجوم الإتيان بغتة ، والدخول من غير آن م: (**على بلد وجب على جميع الناس الدفع ، تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد**) ش: أي يخرج العبد م: (**بغير إذن المولى ، لأنه صار فرض عين**) ش: على جميع الناس .

م: (**وملك اليمين**) ش: في العبد والجارية م: (**ورق النكاح**) ش: في الزوجة م: (**لا يظهر في حق فروض الأعيان**) ش: وأراد بذلك أن الفروض المعينة مقدمة على حق السيد والزوج م: (**كما في الصلاة والصوم**) ش: فإنها مقدمة على حقهما .

م: (**بخلاف ما قبل النفير ، لأن بغيرهما**) ش: أي بغير العبد والمرأة م: (**مقنعًا**) ش: أي كفاية ، وها هنا حق السيد والزوج لعدم الاحتياج إليهما م: (**فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج**) ش: بغير ضرورة .

م: (**ويكره الجعل**) ش: بضم الجيم وسكون العين ، وهو ما جعل من شيء للإنسان على شيء يفعله ، والمراد هنا ما أخرجه الإمام للغزاة على الناس فيما يجعل به التقوي للخروج إلى الحرب م: (**ما دام للمسلمين فيء**) ش: اسم المال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج .

والجزية والغنيمة ما يصاب منهم بالقتل ، يعني إذا كان في بيت المال ، لأن بيت المال ما

لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه ، لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين . فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا ، لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ، يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر -رضي الله عنه - كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد .

يتقوى به الناس للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال ، لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين ، ويكره مع وجود ذلك الجعل الذي ذكرناه ، لأن فيه شبهة الأجرة ، وهو معنى قوله م: (**لأنه يشبه الأجر**) ش: لأن الجهاد حق الله تعالى ، ولا يجوز أخذ الأجرة عليه ، فإذا تمحض أجره كان حرامًا ، وإذا أشبهها كان مكروهًا ، وهو إلى الحرام أقرب .م: (**ولا ضرورة إليه**) ش: أي إلى الجعل م: (**لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين**) ش: والنوائب جمع نائبة ، وهي ما ينصب الإنسان أي يترك به من المهمات والحوادث وقد نابه ينوبه نوبًا .

م: (**فإذا لم يكن**) ش: في بيت المال شيء م: (**فلا بأس أن يقوي بعضهم بعضا ، لأن فيه**) ش: أي فيما إذا قوى بعضهم بعضا م: (**دفع الضرر الأعلى**) ش: وهو شر الكفرة م: (**بإلحاق الأدنى**) ش: أي الضرر الأدنى ، والمعنى دفع الضرر العام بالنص والخاص مجمل م: (**يؤيده**) ش: أي يؤيد ذلك م: (**أن النبي عليه السلام أخذ دروعًا من صفوان**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أبيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ « **استعار منه دروعًا يوم حنين ، فقال: أغصبت يا محمد ؟ قال: بل عارية مضمونة** »[1] .

م: (**وعمر- رضي الله عنه - كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة وإسناده إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ولفظه : كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم ويعطيه للمسافر ، وأخرجه ابن سعد في «الطبقات» ، ولفظه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويغزي الفارس عن الفارس القاعد . قوله : غزا من الإغزاء ، يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدو ، والأعزب الذي لا امرأة له ، ووقع في بعض النسخ الأعزب بالألف واللام ، ووقع في نسخة شيخنا العزب بدون الألف واللام ، وهو الصحيح .

وقال في «المغرب» : رجل عزب بالتحريك لا زوجة له ، ولا يقال له أعزب . وقال ابن الأثير أيضًا : يقال رجل عزب ولا يقال أعزب ، وحليلة الرجل امرأته .

والشاخص : اسم فاعل من شخص من مكان إلى مكان إذا صار في ارتفاع ، فإذا صار في حدود فهو حائط ، كذا قاله ابن دريد ، وشخص الرجل ببصره إذا أحد النظر رافعًا طرفه إلى السماء ، ولا يكون الشاخص إلا كذلك ، والمراد هنا الأول أعني الذي يذهب إلى العدو .

---

(١) أبو داود في البيوع « باب تضمين العارية» [٣٥٦٢] .

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام، فإن أجابوا كفوا عن قتالهم ؛ لحصول المقصود ، وقد قال ﷺ : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث ،

م: (**باب كيفية القتال**)

ش: أي هذا باب في بيان كيفية القتال ، لما فرغ من بيان فرضية القتال وشرائطه ، شرع في بيان كيفيته . م: (**وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنًا**) ش: يقال حاصروا العدو إذا أحاط به وضيق عليه ، والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان إذا أقام به ، فعلى هذا هي فعيلة ، وقيل مفعلة من قولهم دنيت أي ملكت ولاية يقال لها مدينة ، ذكره في «الجمهرة» ، والحصن معروف .

وقال الكاكي : والحصن بالكسر كل مكان مجمر محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه ، فالمدينة أكبر من الحصن م: (**دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ ما قاتل قومًا حتى دعاهم الى الإسلام**) ش: هذا الحديث رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ، حدثنا سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس قال : « ما قاتل رسول الله ﷺ قومًا حتى دعاهم» ورواه الحاكم في «مستدركه » وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد أيضًا في «مسنده » والطبراني في «معجمه »،وفي هذا الباب أحاديث كثيرة ، عند أحمد عن ذرين بن سبلة ، وعند عبد الرزاق أيضًا عن علي - رضي الله عنه- ، وعند الطبراني عن أنس -رضي الله عنه - وعند أحمد أيضًا عن سليمان - رضي الله عنه-[1] .

م: (**فإن أجابوا**) ش: أي فإن أجابوا إلى الإسلام م: (**كفوا عن قتالهم**) ش: أي امتنعوا وكف جاء لازمًا ومتعديًا ، فعلى الأول بفتح الكاف ، وعلى الثاني بضمها ويجوز الفتح أيضًا على معنى منعوا أنفسهم عن قتالهم م: (**لحصول المقصود**) ش: وهو إعلاء كلمة الله تعالى وإظهارالدين في بلاد الكفر، ثم أكد المصنف قوله كفوا عن قتالهم بقوله م: (**وقد قال ﷺ**) ش: أي وقد قال النبي ﷺ : م: (**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله .... الحديث**) ش: هذا الحديث روي عن أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم عنه أن رسول الله ﷺ قال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني

---

(١) قال الهيثمي : رواه أحمد والطبراني وأبو يعلى بأسانيد ، ورجال أحدها رجال الصحيح ، مجمع الزوائد (٥/ ٣٠٤) .

وإن امتنعوا ادعوهم إلى أداء الجـزية ، به أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيوش ، ولأنه أحد ما ينتهي به القتـال على ما نطق بـه النص ، وهذا في حق من يقبل منه الجـزية، ومن لا يقبل منه كـالمرتدين وعبـدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلـى قبول الجزية ، لأنه لا يقـبل منهم إلا الإسلام ، قال الـله تعالى : ﴿تقـاتلونهم أو يسلمون﴾ (الفـتح:الآية١٦) ، فـإن بذلوها فلهم ما للمـسلمين وعليهم ما على المسلمين ، لقول علي -رضي الله عنه- إنما بذلوا الجزية لتكون

مـالـه ونـفـسه إلا بـحـقـه وحـسابـه عـلى الـلـه» . وفي لفظ مسلم : «حتى يشهد أن لا إله إلا الله ويؤمن بربي وبما جئت به ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله» . وروي عن عمر أيضًا أخرجاه عنه أيضًا ، وروي عن جابر أيضًا أخرجه مسلم عن أبي الزبير عنه قال ، قال رسول الله ﷺ : « **أمرت أن أقاتل الناس حتي يقولوا لا إله إلا الله** » . . . بلفظ حديث أبي هريرة ، وزاد ثم قرأ : ﴿ **إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر** ﴾ (الغاشية : الآية ٢١) .

وحديث أبي هريرة الأول في قوم لا يوحدون الله عز وجل ، أما اليهود والنصارى فما لهم يقروا برسالته عليه السلام بعد التوحيد ولم يبرءوا من دينهم فلا يحكم بإسلامهم لأنهم يقولون : إن مـحـمـدًا رسـول الله إلى العـرب دوننا ويدل عليـه لفظ مـسلـم المذكـور قـوله : إلا بـحـقـهـا ، قوله : وحسابهم على الله يعني فما أسروا في قلوبهم .

م: **(وإن امتنعوا)** ش: أي عن الإسلام م: **(ادعوهم إلى أداء الجـزية ، به)** ش: أي بالدعـاء إلى الجزية م: **(أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيوش)** ش: هذه قطعة من حديث مطول أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سليمان – رضي الله عنه – قال كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرًا على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله . . . الحديث .

وفيه فاسألهم الجزية فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم . . . الحديث ، والجيش – الجند- يسيرون لحرب من جاشت القدر إذا غلت ، قاله تاج الشريعة وأخذه من «المغرب » .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الدعاء إلى الجزية م: **(أحد ما ينتهي به القـتال على ما نطق به النص)** ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون** ﴾ (التوبة : الآية ٢٩) ، م: **(وهذا)** ش: إشارة إلى الدعاء الذي يدل عليه قوله ادعوهم إلى الجزية م: **(في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعـبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبـول الجزية ،لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى** : ﴿ **تقاتلونهم أو يسلمون** ﴾ **(الفتح : الآية ١٦)** ش: أي إلى أن يسلموا .

قال م: **(فإن بذلوها)** ش: بالذال المعجمة ، أي فإن قبلوها ، أي الجزية ، والمراد من البذل القبول على ما يأتي الآن ، لأن القتال منهي بمجرد القبول قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع م: **(فلهم ما للمـسلمين وعليهم ما علـى المسلمين لقول علي – رضي الله عنه – إنمـا بذلوا الجزية لتكون**

دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول ، وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه في القرآن والله أعلم . ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه ؛ لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد : فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون ، فنكفى مؤنة القتال .

ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ،

دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا) ش: هذا غريب ، وكيف يقول الأترازي وقد صح عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: إنما بذلوا الجزية . . . إلى آخره .

نعم أخرج الدارقطني في «سننه» عن الحكم عن حسين عن أبي الجنوب عن عبد الله بن عبد الله مولى هاشم قال : قال علي -رضي الله عنه - : من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ، وديته كديتنا ، ومع هذا هو أيضًا ضعيف ، قال الدارقطني أبو الجنوب ضعيف .

م: (والمراد بالبذل) ش: أي في قول القدوري ، فإن بذلوها م: (القبول ، وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه) ش: قال الأترازي : أي في الجزية ، وتذكير الضمير على تأويل المذكور .

قلت :لو قال أي في أداء الجزية لما احتاج إلى التأويل المذكور م: (في القرآن ، والله أعلم) ش: هوقوله عز وجل : ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

م: (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه) ش: أي يدعومن لم تبلغه الدعوة م: (لقوله عليه السلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (في وصية أمراء الأجناد : فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله) ش: وهذا الحديث من حديث بريدة المطول ، وقد مر بعضه عن قريب الذي رواه الجماعة غير البخاري .

م: (ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال) ش: فنكفى على صيغة المجهول ، ومؤنة القتال بالنصب على أنه مفعول ثان م: (ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي) ش: وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عمر بن ذر بن يحيى بن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن علي -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال له حين بعثه : « لا تقاتل قومًا حتى تدعوهم»، انتهى .

والدعوة بالفتح إلى الطعام وبالكسر في النسب قال الجوهري : وقيل بالضم في الحرب م: (ولا غرامة لعدم العاصم) ش: يعني لا غرامة بواجبه بفعل قبل الدعوة ،وإن كان فيه الإثم لعدم العاصم عن الغرامة .

وقال الكاكي : ولا غرامة للإتلاف من الأموال والدماء -لعدم العصمة- مقومة م: (وهو الدين) ش: أي العاصم وهو الذمي م: (أو الإحراز بالدار) ش: وقال الشافعي يضمن لحرمة

فصار في قتل الصبيان والنسوان ، ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صح أن رسول الله ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون ، وعهد إلى أسامة - رضي الله عنه- أن يغير على أبنى صباحاً ثم يحرق ،

القتال، قلنا الحرمة بالدين أو بالإحراز بالدار ولم يوجد م: (**فصار**) ش: حكم هذا كالصبيان والنسوان ، أي كما لا غرامة م: (**في قتل الصبيان والنسوان**) ش: فإنه لا قصاص ولا دية وإن كان ورد في قتلهم .

م: (**ويستحب أن يدعو**) ش: أي الإمام أو رأس الجيش أو السرية م: (**من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار**) ش: لأنها ربما تنفع فانتقلت ميال إلى النجاس م: (**ولا يجب ذلك**) ش: أي دعاء من يلقنه الدعوة م: (**لأنه صح أن رسول الله ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون**) ش: هذا أخرجه البخاري عن ابن عون قال: كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال .

قلت : إنما كان ذلك في أول الإسلام قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث، حدثني عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- ، وكان ذلك الجيش .

وقال المنذري في «حواشيه» : غارون بتشديد الراء ، هكذا قيده غير واحد ، وقال الفارسي : أظنه غادون بالدال المهملة المخففة ، فإن صحت رواية الراء فوجهه أنهم ذو غرة ، أي أتاهم الجيوش على غرة منهم ، فإن الغار هو الذي يغر غرة فلا وجه له هنا ، هذا الذي قاله فيه تكلف، فإن معنى غارون هنا غافلون .

قال الجوهري وغيره: الغار الغافل ، والغرة الغفلة ، وبنو المصطلق بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام ، وفي آخره قاف ، وهو لقب من الصلاة ، وهو رفع الصوت ، وأصله مصتلق ، فأبدلت التاء من الطاء لأجل الصاد، واسمه خزيمة بن سعد بن عمرو ابن ربيعة بن حارثة بطن من خزاعة .

م: (**وعهد إلى أسامة - رضي الله عنه -أن يغير على أبنى صباحًا ثم يحرق**) ش: هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن عرق عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ كان عهد إليه فقال : أغير على أبنى صباحًا وحرق ، قوله عهد إلى أسامة أي أوصاه، وأسامة بن زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ وأمه أم أيمن خاصة النبي ﷺ ، وأسامة وأيمن أخوان ، ومات أسامة بالمدينة ، ولما مات النبي عليه السلام كان أسامة ابن عشرين سنة ، وأبنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة وفتح النون مقصور على وزن حبلى ،ويقال أبني بالياء آخر الحروف المضمومة مع ضم الهمزة.

والغارة لا تكون بدعـوة . فإن أبوا ذلك استعـانوا بالله عليهم وحاربوهم ، لقوله عليـه السلام في حديث سليمان بن بريدة : فإن أبوا ذلك فادعهـم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال: فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقـاتلهم ، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمـر على أعدائه فيستـعان بالله في كل الأمور ، قال: ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله ﷺ على الطائف وحرقوهم ، لأنه

وقـال الأترازي : مـوضع بالشـام وهو فلسطين ، والأصح أنه عن فلسطين بين الرملة وعسقلان م: (**والغـارة لا تكـون بدعـوة**) ش: لأن فيهـا ستر الأمر والإسراع والغـارة اسم مصدر للإغارة الذي هو مصدر أغار الثعلب إذا أسرع في العدو .

م: (**فإن أبوا ذلك**) ش: أي فإن امتنعوا عن الجزية م: (**استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي عليه السلام م: (**في حديث سليمان بن بريدة : فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية ... إلى أن قال : فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم**) ش: قد تقدم حديث سليمان ابن بريدة عن قـريب ، وهوحـديث طويل ، وفـيـه فـإن هم أبوا فـاسـتـعن بالله عليـهم وقاتلهم . . . الحديث .

م: (**ولأنه تعالى هو النـاصر لأوليائه والمدمـر على أعدائه**) ش: أي المهلـك وهـو اسم فـاعل من التدمير و الأصوب المدمر أعداءه كما في قوله تعالى : ﴿ **ودمرناهم تدميرا**﴾ (الفرقان : الآية ٣٦) .

م: (**فيستعان بالله في كل الأمور**) ش: فيستعان على صيغة المجهول ، وأمر النبي عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة بالاستعانة أيضًا ، حيث قال فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ونصبوا عليـهم المجانيق**) ش: وهو جمع منجنيق م: (**كما نصب رسـول الله ﷺ على الطـائف**) ش: هكذا ذكـر الترمذي في الاستئذان مفصلا ولم يصل سنده، فـقال : ففيـه حديث وكـيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على الطائف قال قتيبة قلت لوكيع : من هذا الرجل ؟ قال صاحبكم عمر بن غارون ، ورواه أبو داود في «المراسيل» عن مكحول أن النبي ﷺ نصب على الطائف .

ورواه ابن سـعـد في «الطبـقـات» عن مكحـول وزاد أربعين يومًـا ، ورواه العـقـيلي في «الضعفاء» مسندًا عن محمد من حديث عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن أبي صادق عن علي -رضي الله عنه - قـال : « **نصب رسول الله ﷺ المنجنيق فنصب على حـصن الطائف** »[1] ويقال قدم بالمنجنيق يزيد بن ربيعة ، وقيل غيره .

م: (**وحرقـوهم**) ش: كلام القدوري في «مختصره »، وعلله المصنف بقوله م: (**لأنه عليه**

---

(١) الترمذي في كتاب الآداب - في ضمن باب ما جاء في الأخذ من اللحية [٢٩٢٤] .

عليه السلام أحرق البويرة . وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم ، لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً ، ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام ، وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ، ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه ،

السلام) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (أحرق البويرة) ش: وهذا أخرجه الأئمة الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قطع نخل بني النضير وحرق وهي البويرة . . . . الحديث .

م: (**وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم ، وأفسدوا زروعهم**) ش: كل ذلك من كلام القدوري ، وقال الشافعي - في قول ، وأحمد- في رواية- لا يفعلون ذلك إلا إذا كان الكفار يفعلون ذلك ، وعلل المصنف بقوله م: (**لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت**) ش: وهو الذل والهوان .

وقال الأترازي : يقال كبته الله أي أهلكه ، والمعنى الملائم ما ذكرناه م: (**والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعًا**) ش: .

م: (**ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب**) ش: بالذال المعجمة وتشديد الباء ، يقال ذب عنه يذب ذبًا إذا منع عنه م: (**عن بيضة الإسلام**) ش: أي عن مجتمع الإسلام .

وفي «المغرب» مجتمع أهل الإسلام يسمى أهل الإسلام بيضة تشبيهًا لبيضة النعامة وغيرها ، لأن تلك مجتمع الولد م: (**وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص**) ش: وفي الرمي عليهم دفع ضرر عام فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وروي عن الحسن بن زياد أنه إذا كان فيهم مسلم تاجر مستأمن أو أسير أو من أسلم منهم أنه لا يجوز ، لأن قتل المسلم حرام ، وقتل الكافر مباح ، والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا ، فالرجحان للمحرم ، وإن قتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه ، وقتل الكافر يجوز تركه ، ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين ، فكان مراعاة جانب المسلمين أولى ، ورد عليه بأن قتالهم فرض بالنص ، فلو كان هذا العارض معتبرًا للآدمي إلى سد باب الجهاد ، فلا يجوز ذلك لأنه ماض إلى يوم القيامة .

م: (**ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره**) ش: أي فلو امتنع الرمي باعتبار المسلم التاجر أو الأسير م: (**لانسد بابه**) ش: أي باب الجهاد فلا يعتد به ، تحقيقه أن الرمي إليهم

وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ، ويقصدون بالرمي الكفار، لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً ، إذ الطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة ، لأن الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض ، بخلاف حالة المخمصة

جائز وإن كان فيهم نساؤهم وصبيانهم ، فكذا إذا كان مسلمًا ، والجامع كون من لا يجوز قتله فيهم .

م: (**وإن تترسوا**) ش: أي وإن استتروا ، يقال تترس بالترس إذا توقى م: (**بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله : لانسد باب الجهاد ، وقال الشافعي : إذا فعلوا ذلك لم يجز أن يبدأهم بالرمي .

فإن بدؤونا جاز الرمي ، ويقال للرامي اجتهد في إصابة المشرك وتجنب المسلم ، وبقوله قال مالك وأحمد ، وعن الشافعي لا يجوز ذلك إذا لم يأت بضرب الكفار إلا بضرب المسلم .

م: (**ويقصدون بالرمي الكفار ؛لأنه إن تعذر التمييز فعلا فقد أمكن قصداً إذ الطاعة بحسب الطاقة**) ش: لأن الله عز وجل لا يكلف نفسًا إلا وسعها م: (**وما أصابوه منهم**) ش: أي وما أصاب المسلمين من صبيان المسلمين وأسراهم الذين تترس المشركون بهم م: (**لا دية عليهم ولا كفارة**) ش: أي لا يجب عليهم الدية ولا الكفارة .

وعند الشافعي تجب الكفارة قولا واحدًا ، وفي الدية فقولان ، وفي «التهذيب» لو رمي في غير حال الضرورة وهويعلم أنه مسلم يجب القود ، وإن ظنه كافرًا فلا قود وتجب الكفارة ، وفي الدية قولان : وعن المزني : إن علم أنه مسلم ورمى للضرورة يجب الدية ، قال أبو إسحاق إن قصده لزمته الديه علم أنه مسلم أو لا ، لقوله عليه السلام : « **ليس في الإسلام دم مفرج**» بالجيم، وقيل بالحاء المهملة أي مبطل دمه ،وإن لم يقصده بعينه ، بل رمى إلى الصف لم يلزمه الدية ، كذا في «شرح الوجيز ».

م: (**لأن الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض**) ش: أي الإتيان بالفروض ، لا يقرن به الغرامات ، لأن الفرض مأمور به ، وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبين الأمرين منافاة .

فإن قلت : هذا تعليل في مقابل قوله – عليه السلام –: «**ليس في الإسلام دم مفرج**»، والتعليل في مقابلة النص باطل .

قلت:هذا عام خص منه البغاة وقطاع الطريق ،فتخص صورة النزاع بما قلنا .

م: (**بخلاف حالة المخمصة**) ش: هذا جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال إطلاق الرمي

لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه ، أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان . ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليه ، لأن الغالب هو السلامة ، والغالب كالمتحقق . ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها، لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح ؛

لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتفاؤل حال الغير حالة المخمصة لمكان الضرورة ، ويجب الضمان ، تقدير الجواب أن حالة المخمصة بخلاف هذا م: (**لأنه**) ش: أي لأن صاحب المخمصة م: (**لا يمتنع**) ش: عن أكل مال الغير م: (**مخافة الضمان**) ش: أي لأجل الخوف عن الغرامة م: (**لما فيه**) ش: أي في أكل مال الغير م: (**من إحياء نفسه**) ش: وهو منعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان م: (**أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس**) ش: أي نفس الكفار ، وقد يكون فيهم مسلمون م: (**فيمتنع**) ش: أي عن الجهاد الفرض م: (**حذر الضمان**) ش: أي لأجل قدرة عن الضمان ، وهو منصوب على أنه مفعول له وذا عن الجواز كما لا يجوز وجوب الدية .

والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني من جلده أو رجمه ، ولو وجب لامتنع عن القضاء ولا يتقلده أحد ، ويجوز أن يكون المعنى أن الجهاد مبني على إتلاف النفس مطلقًا ، لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصارف المسلم أو يقتل ، فلو ألزمنا الضمان امتنع من الجهاد والفرض ، لكونه خاسرًا في الحالتين ، بخلاف ما إذا لم يضمن .

م: (**ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيمًا يؤمن عليه**) ش: أي على العسكر أو على إخراج النساء والمصاحف م: (**لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق، ويكره إخراج ذلك في سرية**) ش: وهي عدد قليل يسيرون بالليل ويسكنون بالنهار، ذكره في «المبسوط» .

وقال محمد في «السير الكبير» : أفضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة ، ولو بعث بما دونه جاز ، وعن أبي حنيفة أقل السرية مائة ، وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية أربعمائة ، وأقل الجيش أربعة آلاف .

وفي« فتاوى قاضي خان» ذكر قول الحسن قول أبي حنيفة م: (**لا يؤمن عليها**) ش: أي على السرية لقلتهن م: (**لأن فيه**) ش: أي في إخراج ذلك م: (**تعريضهن**) ش: أي تعريض النساء م: (**على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف ، فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين**) ش: أي لأجل غيظهم لهم م: (**وهو التأويل الصحيح**) ش: أي تعريض المصاحف على الاستخفاف وهو التأويل الصحيح .

لقوله عليه السلام : لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو . ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة ، فأما الشواب فإقامتهن في البيوت أدفع للفتنة ، ولا يباشرن القتال ، لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة

م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو**)

ش: هذا الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما -قال: نهى رسول الله ﷺ أن تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ، ويخاف أن يقال له لعدو .

واعلم أن المصنف - رحمه الله - حمل الحديث على الجيش الصغير الذي لا يؤمن معه ضياعه والشافعية ، معنى ذلك وأخذ المالكية بإطلاقه ، وقال القرطبي ولا فرق بين الجيش والسرايا عملا بإطلاق الحديث ، وهو إن كان يقبله العدو له في الجيش العظيم نادرًا فشأنه وسقوطه ليس بنادر .

قلت : الظاهر مع المالكية على ما لا يخفى ، والمراد بالقرآن في الحديث المصحف، وقد جاء مفسرًا في بعض الأحاديث ، وأشار إليه البخاري بقوله باب السفر بالمصحف إلى أرض العدو ، وفي «المحيط» ويكره إدخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ، ذكره في « السير الكبير» ، وإنما قيد التأويل بالصحيح احترازًا عمل قيل إن النهي كان في ابتداء الإسلام لقلة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس ، فأما الآن فقد كثرت فلا بأس بإخراجها مطلقًا ، وكذا قال أبو الحسن العمي والطحاوي .

قلت : هذا ظاهر لا يخفى .

م: (**ولو دخل المسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قومًا يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعريض ، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة**) ش: أي مداواة الجرحى م: (**وأما الشواب فإقامتهن في البيوت أدفع للفتنة**) ش: وإن كانوا يريدون المباضعة فيخرج بالإماء لا بالحرائر .

م: (**ولا يباشرن**) ش: أي العجائز م: (**القتال ، لأنه يستدل به**) ش: أي بقتال العجائز م: (**على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة**) ش: وقد روي أن أم سليم قاتلت يوم خيبر ووضعت شارة على بطنها حتى قال النبي ﷺ : «**مقامها خير من مقام فلان وفلان**» ، أي من المنهزمين .

م: (**ولا يستحب إخراجهن**) ش: أي إخراج النساء الشواب م: (**للمباضعة**) ش: للجماع م:

والخدمة ، فإن كانوا لا بد من خروجهن فبالإماء دون الحرائر . ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن مولاه لما بينا ، إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة . وينبغي للمسلمين أن لايغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ؛ لقوله عليه السلام : «لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا» ، والغلول السرقة من المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ، ولا تقتلوا امرأة ولا صبيًا ولا شيخًا فانياً ولا مقعداً ولا أعمى ، لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب فلا يتحقق منه ، ولهذا لا يقتل يابس الشق ، والمقطوع اليمنى ، والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي - رحمه الله - يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ؛ لأن المبيح عنده الكفر ،

(والخدمة ، فإن كانوا لا بد من خروجهن فبالإماء) ش: أي فيخرج الإماء جمع أمة م: (دون الحرائر) ش: جمع حرة .

م: (ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن مولاه لما بينا) ش: أشار به إلى قوله لتقدم حق الولي والزوج م: (إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) ش: هذا استثناء من قوله ولا تقاتل المرأة ، يعني عند الضرورة ، وعند الضرورة يقاتلان ، الجهاد حينئذ يصير فرض عين .

م: (وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (لا تغدروا ولاتغلوا ولا تمثلوا) ش: هذا في حديث سليمان بن بريدة وقد تقدم بعضه ، وفيه : اغزوا ولاتغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا والبدا م: (والغلول السرقة من المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) ش: هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر كأن القائل يقول هذا الحديث يدل على تحريم المثلة ، وحديث العرنيين يدل على إباحتها؟ فأجاب بقوله وحديث العرنيين منسوخ بالنهي المتأخر عن حديث العرنيين .

والدليل على تأخر النهي ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن عمران بن حصين أنه قال : ما قام رسول الله ﷺ لم يعد ماشل الأركان محطيًا على الصدقة وينهانا عن المثلة ، وتخصيصه بالذكر في خطبته يدل على تأكد الحرمة ، والمثلة من مثلت بالرجل أمثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه أو ما أشبه ذلك ذكره في «الفائق» .

م: (ولا تقتلوا امرأة ولا صبيًا ولا شيخًا فانيًا ولا مقعداً ولا أعمى) ش: هذا كله من كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله م: (لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ، فلا يتحقق منه، ولهذا لا يقتل يابس الشق) ش: أي المفلوج ، ويراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته لا أنه ميت حقيقة ، كذا في «المغرب» م: (والمقطوع اليمين ، والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي- رحمه الله - يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ؛ لأن المبيح عنده الكفر) ش:

والحجة عليه ما بينا ، وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري ، وحين رأى النبي ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟!

أي المبيح للقتل عند الشافعي الكفر ، هذا في قول عن الشافعي .

وفي قول آخر كقولنا ، وبه قال مالك وأحمد ، وفي شرح «الوجيز» وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزمنى ومقطوعة الأيدي والرجل قولان ، في قول: يجوز قتلهم ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي قول : لا يجوز م: (**والحجة عليه**) ش: أي على الشافعي م: (**ما بينا**) ش: وهو قوله لا يقتل يابس الشق .

فإن قلت : احتج الشافعي بقوله عليه السلام : «اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم . . . » الحديث يروى عن سمرة بن جندب -رضي الله عنه .

قلت : المراد من الشيوخ الذين يقاتلون توفيقًا بين الحديثين ، أو من له رأي في الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم أرطاس وهو ابن مائة وعشرين سنة ، لأنه كانوا يأخذون برأيه في الحرب، وقتله ربيعة بن رفيع المسلمين .

م: (**وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري**) ش: هذا حديث غريب بهذا اللفظ ولم يتكلم أحد من الشراح فيه غير أن بعضهم قالوا المراد بالذراري النساء مجازًا باعتبار السبب ، إذ النساء سبب لحصول الذراري ، ولا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه علي الصبيان .

قلت : هذا التكلف كله لأجل قول المصنف ، وقد صح ولم يصح بهذا اللفظ ، وإنما الذي صح ما رواه الجماعة ، إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان ، وفي لفظ الشيخين فأنكر قتل النساء والصبيان .

م: (**وحين رأى النبي ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي بإسنادهما إلى رياح بن الربيع قال : كنا مع النبي ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلا فقال : انظر على ما اجتمع هؤلاء، فجاء فقال : امرأة قتيل .

فقال ما كانت هذه لتقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد -رضي الله عنه- فبعث رجلا فقال : قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا صبيا ، وأخرجه أحمد في« مسنده» وابن حبان في« صحيحه» والحاكم في «مستدركه» ، وفي لفظه فقال : « هذه ما كانت لتقاتل» . ورياح بالياء آخر الحروف ، ويقال بالباء الموحدة .

قال : إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ، أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها إلى العباد ، وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ، ولأن القتال مبيح حقيقة . ولا يقتلوا مجنونا ، لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه ،

وقال الدارقطني : ليس في الصحابة أحد يقال له رياح إلا هذا مع اختلاف فيه ، وقال ابن ماكولا رياح بالياء الموحدة ابن ربيع حنظة الكاتب له صحبة ، روى عنه المدفع بن صفي ، وقيل فيه رياح بالياء المعجمة بنقطتين من تحتها ، قوله هاه كلمة تنبيه ، والهاء في آخرها ليسكت .

م: (**قال : إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره» استثناء من قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبيًا ولا شيخًا فانيًا ولا أعمى ولا مقعدًا إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب .

وقد نقل المصنف قوله ولا تقتلوا امرأة . . . . إلى آخره ، ثم تكلم ما ذكره بعده ثم نقل إسناده بقوله إلا أن يكون إلى آخره ، وقال أبو بكر الرازي في كتاب «المرتد» من «شرح الطحاوي» ، وأما الشيخ الفاني فأنا أقتله إذا كان ذا رأي في الحرب أو كان كامل العقل ، ومثله يقتله إذا ارتد، والذي لا تقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء المميزين .

فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي ، فلا يقتل إذا كان حربيًا ، ولا إذا ارتد، وأما الذميون فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك ، كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ، ويقتلهم إذا ارتدوا ، كذا في «شرح الطحاوي» .

م: (**أو تكون المرأة ملكة**) ش: هذا أيضًا من جملة كلام القدوري ، ذكره بعد قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب م: (**لتعدي ضررها**) ش: أي لتعدي ضرر المرأة الملكة م: (**إلى العباد**) ش: باعتبار حكمها م: (**وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء**) ش: أشار به إلى الشيخ الفاني والأعمى والمقعد والمرأة م: (**دفعًا لشره**) ش: أي يقتل القاتل من هؤلاء لأجل دفع شره عن المسلمين م: (**ولأن القتال مبيح حقيقة**) ش: أي لأن قتال هؤلاء مبيح لقتالهم من حيث الحقيقة لكفرهم وإذائهم .

م: (**ولا يقتلوا مجنونًا لأنه غير مخاطب ، إلا أن يقاتل فيقتل دفعًا لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان**) ش: دفعًا لشرهما م: (**وغيرهما**) ش: أي وغير الصبي والمجنون م: (**لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه**) ش: بالعقل والبلوغ ، وكذلك الرهابين إذا قاتلوا حيث يباح قتلهم جزاء على قتالهم .

وفي «السير الكبير» : لا يقتل الراهب في صومعة ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون

وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح . ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى : ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾ (لقمان:الآية٣٥) ، ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه فيناقضه الإطلاق في إفنائه ، فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره ، لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به، لأن مقصوده الدفع ، ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا ، فهذا أولى .

الناس ، فإن خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره ، وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين جاز قتله م: (**وإن كان**) ش: أي المجنون م: (**يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح**) ش: يعني يقتل حال إفاقته سواء وجد منه القتال أو لا لكونه مقاتلا مخاطبًا ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

م: (**ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله**) ش: بنصب اللام م: (**لقوله تعالى : ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفًا﴾** (لقمان : الآية ٣٥) ش: وفي السير الكبير : المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى : ﴿ **وإن جاهداك على أن تشرك بي** ﴾ (لقمان : الآية ٣٥) ، وليس من المعروف أن يقتله أن يتركهما حرزًا للساع ، وروي أنه عليه السلام منع أبا بكر -رضي الله عنه - عن قتل أبيه يوم بدر ، ولا خلاف عليه .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الابن م: (**يجب عليه إحياؤه**) ش: أي إحياء أبيه م: (**بالإنفاق عليه**) ش: والإنفاق سبب الإحياء م: (**فيناقضه الإطلاق في إفنائه**) ش: أي تناقض الإحياء إطلاقًا وقتل بإفنائه ولزوم المناقض لا يجوز ، وقال الأترازي : الإطلاق في إفنائه ، أي إفناء الأب م: (**فإن أدركه**) ش: أي فإن أدرك الابن أباه في الحرب م: (**امتنع عليه**) ش: أي امتنع الابن عن قتل أبيه وانتفاء عليه بأن يعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك .

م: (**حتى يقتله غيره**) ش: أي غير الابن لئلا يلحقه مأثم بمباشرة قتل أبيه ، وفي «الذخيرة» : لو ظفر على قتل أبيه لا ينبغي أن يقصده بالقتل ، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربًا علينا ، ولكنه يلحقه إلى موضع يتمسك به حق غيره فيقتله ، م: (**لأن المقصود**) ش: أي من يقتله م: (**يحصل بغيره**) ش: أي بغير الابن م: (**من غير اقتحامه الإثم**) ش: أي من غير دخوله في الإثم بقتل أبيه .

م: (**وإن قصد الأب قتله**) ش: أي قتل ابنه م: (**بحيث لا يمكنه دفعه**) ش: أي بحيث لا يمكن الابن دفع أبيه عنه م: (**إلا بقتله لا بأس به**) ش: أي يقتله حينئذ م: (**لأن المقصود الدفع**) ش: عن نفسه م: (**ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه**) ش: وقد قصد قتل ابنه م: (**ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن مقصوده الدفع م: (**فهذا أولى**) ش: لأنه كان هكذا في الأم والجد والجدة ، ولو كان المشرك حالا أن يبتدئ بالقتل ، وعند الشافعي يكره أن يقتل ذا

....

رحم محرم من الكفار ، وفي الرحم غير المحرم وجهان ، في وجه يكره ، والثاني لا يكره ، وقول مالك وأحمد كقولنا .

وفي «شرح الطحاوي» : وما سوى السوء الدين من ذوي الرحم المحرم فلا بأس بقتله ، هذا في الكافر ، وأما في أهل الخوارج والبغي فكل ذي رحم محرم كالأب سواء ، وأما في الرحم في باب الزنا فإن البداية بالشهود شرط ، فلو كان الشاهد هو الولد فلا بأس بأن يرمي ولا يقصد القتل .



باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكـان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به ؛ لقـوله تعـالى : ﴿وإن جنحـوا للسلم فـاجنح لهـا وتوكل على الله﴾ (الأنفـال : الآية ٦١) ، ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ،

م: **(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)**

ش: أي هذا باب في بيان جواز الموادعـة أي المصالحة ، وسـميت المصـالحة بالموادعـة لأنها مشاركة من الودع ، وهو الترك بأن يدع كل واحد فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الآخر ، وذكر ترك القتـال بعد ذكـر القتـال ظاهر ، لأن ترك الشيء يقـتضي وجـود ذلك الشيء سابقًا لا محالة. قوله : ومن يجوز أمانه ، أي في بيان من يجوز أمانه .

م: **(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحـرب أو فريقًا منهم ، وكان في ذلك مصلحـة للمسلمين فلا بأس به)** ش: أي بالصلح درءاً عليه .

قوله : أن يصالح أهل الحرب ، وفي بعض النسخ : وكان في ذلك مصلحة فعلى النسخة الأولى لفظ مصلحة منصوب بأنه خبر كان ، وعلى النسخة الأخرى مرفوع لأنه اسم كان وخبره قـوله : في ذلك ، وقـيـد بقـوله مـصلحـة لأنه إذا لم يكن مـصلحـة لا يجـوز المصلحـة بأن يكون بالمسلمين ضعف .

أو كانت الموادعة خيراً للمسلمين ذكره الكرخي في مختصره م: **(لقوله تعالى : ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾** م: **(الأنفال : الآية ٦١)** ش:) ش: أي وإن مالوا للصلح ، يقال : جنح له وإليه إذا مال ، وفي السلم ثلاث لغات فتح السين وكسرها وفتحها جميعًا ، وهي مما يذكر ويؤنث ولذلك قيل فاجنح لها .

فإن قيل : هذه الآية منسوخة في قول ابن عباس بقوله فاقتلوا الذين لا يؤمنون ، وفي قول مجاهد بقـوله تعالى : ﴿ فـاقتلـوا المشركين حـيث وجـدتموهم ﴾ (التـوبة : الآية ٥)، فكيف جـاز الاحتجاج بها ؟ أجيب : بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى : ﴿ فلا تهنوا وتدعـوا إلى السلم وأنتم الأعلون ﴾ (محمـد : الآية ٣٥) ، وبدليل الآية الموجبة للقتـال والألزم التناقص لما أن موجب الأمر بالقتـال مـخالف الأمر بالمصالحة ، فلا بد من التوفيق بينهما ، وهو بما ذكرنا بدليل موادعة النبي ﷺ أهل مكة على ما ذكر في الكتاب . وقال في «الكشاف» : إن الأمرموقوف على ما يرى فيه الإمام صلاح الإسلام وأهله من حرب أو سلم وليس بحتم أن يقاتلوا أبداً أو يحاربوا إلى الهدنة أبداً.

م: **(ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحـديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عـشر سنين)**

ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم تكن خيراً لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى .

ش: الحديث رواه أحمد في مسنده مطولاً من حديث محمد بن إسحاق ، وفيه خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالاً وساق الهدي مع سبعين بدنة ، وكان الناس سبعمائة رجل إلى أن قال : هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض . . الحديث .

وقال الأترازي : فيه نظر ، أي في الذي ذكره صاحب الهداية ، لأن الصلح عند أصحاب المغازي أن رسول الله ﷺ وادعهم على ترك القتال سنين ، هكذا ذكره المعتمر ابن سليمان في كتابه عن أبيه انتهى .

قلت : كلامه يدل على أن عشر سنين غير صحيح ولم يطلع في كتب الحديث ، فهذا من رواية أحمد عشر سنين ، وفي سيرة ابن هشام عشر سنين ، وفي سنن أبي داود عشر سنين ، وفي مغازى الواقدى عشر سنين ، نعم وقع في رواية البيهقي في «دلائل النبوة »سنتين من رواية موسى ابن عتبة .

وكذلك في رواية ابن عائذ عن محمد بن شعيب أن مدة الصلح كانت سنتين بعد ذلك ، قال أبو الفتح العميرى : أهل النقل يختلفون في تجريد المعرة بعشر سنين .

وقال السهيلي في «الروض الأنف» : اختلف العلماء هل يجوز الصلح إلى أكثر من عشر سنين ؟ رجحه المشائعين أن منع الصلح هو الأصل ، بدليل آية القتال ، وقد ورد التحديد بالعشر في حديث ابن إسحاق فحصلت الإباحة في هذا القدر ، ويبقى الزائد على الأصل انتهى ، وهذا هو التحقيق في تجريد الكلام في هذا المقام ، فإن أحداً من الشراح لم يسلك فمنهم من سكت عنه بالكلية .

م: (**ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به**)
ش: أى بالموادعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار معنى الصلح ، وكذا الكلام في تذكير الضمير في قوله إذا كان خيراً م: (**ولا يقتصر الحكم على المدة المروية**) ش: يعني عشر سنين ، لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص م: (**لتعدي المعنى**) ش: وهو دفع الشرم: (**إلى ما زاد عليها**) ش: أى على المدة المروية م: (**بخلاف ما إذا لم تكن خيراً**) ش: متصل بقوله إذا كان خيراً، يعني لا يجوز الصلح إذا لم يكن خيراً للمسلمين م: (**لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى**) ش: أما صورة فظاهر حيث ترك القتال .

وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم الإمام وقاتلهم ؛ لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ،

وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضًا .

م: (**وإن صالحهم مدة**) ش: أي وإن صالح الإمام أهل الحرب مدة معينة م: (**ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم**) ش: من النبذ وهو الطرح ، والمراد بالنبذ نقض العهد وهو م: (**الإمام**) ش: ينقضه لأنه إنما أخبرهم طرحه إليهم ، ولا بد من بلوغ خبر النبذ إلى جميعهم احترازاً عن الغدر ، ومتى علم المسلمون أن القوم لم يعلموا بذلك لم يجز لهم أن يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة .

وقد صح أن النبي ﷺ وادع قريشًا فلما أراد النبذ بعث إلى مكة من ينادي بنقض الصلح على ما يجيء . م: (**وقاتلهم لأنه عليه السلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة**) ش: كانت هذه الموادعة في يوم الحديبية ، وكان فيها : من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل ، ومن شاء أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فدخلت خزاعة في عهد محمد عليه السلام ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً ، ثم إن بني بكر وبني خزاعة قاتلوهم ، وجاء الخبر بذلك إلى رسول الله ﷺ ثم أمر الناس فتجهزوا ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : يارسول الله ألم تكن بينك وبينهم مدة ، فقال : « **ألم يبلغك ما منعوا** » ، رواه البيهقي في « دلائل النبوة » ورواه ابن أبي شيبة مرسلاً ، وفيه فقال أبو بكر : ما قاله الآن فقال عليه السلام : إنهم غدروا فنقضوا العهد فأنا عاد منهم . . . الحديث .

م: (**ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد**) ش: أي إيفاء العهد المنقوض ترك الجهاد م: (**صورة ومعنى**) ش: أما صورة فظاهر ، لأنه فيه ترك القياس ، وأما معنى فلعدم دفع الشر ، وهو ترك الجهاد من حيث المعنى م: (**ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقد قال عليه السلام: في العهود وفاء لا غدر**) ش: ليس هذا الحديث من النبي ﷺ وإنما هو من كلام عمرو ابن عيينة وله قصة ، رواه أبو داود والنسائي والترمذي عن شعبة أخبرني أبو الفيض عن سليم بن عامر رجل من حمير قال : كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول : الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فإذا هو عمرو بن عيينة وأرسل معاوية إليه فسأله فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول : «**من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عهده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء**» ، فرجع معاوية

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر . قال : وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم ؛ لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم ، حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد . ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم ، لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد ، لأنه باتفاقهم معنى ، وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذوا على ذلك مالاً فلا

بالناس [1] ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . م: (ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ، ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر) ش: قال الله تعالى : ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء ﴾ (الأنفال : الآية ٥٨) ، أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أن لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر . قوله : خيانة أي نقضًا للعهد .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم) ش: أي الإمام م: (ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك) ش: أي نقض العهد م: (باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) ش: أي نقض العهد م: (بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم) ش: أي من أهل دار الحرب م: (فقطعوا الطريق) ش: في دار الإسلام م: (ولا منعة لهم) ش: أي والحال أنهم لا قوة لهم ولا شوكة م: (حيث لا يكون هذا نقضًا للعهد) ش: لا في حقهم ولا في حق غيرهم ، كذا في نقض العهد في دارنا .

م: (ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضًا للعهد في حقهم دون غيرهم) ش: من أهل الحرب منهم م: (لأنه) ش: أي لأن فعلهم هذا م: (بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد) ش: في حق جميعهم لوجود الرضى منهم ، وهو معنى قوله : م: (لأنه باتفاقهم معنى) ش: أي باتفاق الكل .

م: (وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب) ش: إنما كرر هذا بعد أن بين حكم موادعة أهل الحرب لأن القدوري لم يذكر الموادعة على المالك ولم يذكر الموادعة مع المرتدين أيضًا .

وذكر ذلك كله في «الجامع الصغير» ، فكذلك كرر موادعة الحرب وذكر الموادعة على المال بقوله م: (وأن يأخذ على ذلك مالاً) ش: أي وإذا رأوا أيضًا أن يأخذوا مالاً في الموادعة م: (فلا

---

(١) أبو داود بنحوه [٢٧٥٩] ، والترمذي [١٦٤٥] وقال حديث حسن صحيح .

بأس به ؛ لأنه لما جازت الموادعة بغير المال ، فكذا بالمال ، لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل ، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية ، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية . أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها ، ويقسم الباقي بينهم ؛ لأنه مأخوذ بالقهر معنى ، وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم ؛ لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم . ولا يأخذ عليه مالاً؛ لأنه لا يجوز أخذ الجزية من أهل الردة لما بينا . ولو أخذه لم يرده لأنه مال غير معصوم.

بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال ، فكذا بالمال) ش: وهو أولى ، أي فكذا يجوز بالمال.

م: (لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم يكن) ش: أي الحاجة م: (لا يجوز) ش: لأنه يشبه الأجر م: (لما بينا من قبل) ش: أشار به إلى قوله أنه ترك الجهاد صورة ومعنى ، هكذا فسر الأكمل .

وقال الكاكي : لما بينا من قبل ، وهو أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ . وقال الأترازي : قوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل هذا محظور بقوله لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى . ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه نسبة الأجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط ، وكتب شيخي بخطه في هذا إشارة إلى أنه ترك الجهاد صورة ومعنى م: (والمأخوذ من المال) ش: منهم على الموادعة م: (يصرف مصارف الجزية ، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم ، بل أرسلوا رسولاً) ش: أي بدارهم للحرب ولا خمس فيه م: (لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها) ش: أي يخرج الخمس منها م: (ويقسم الباقي بينهم) ش: أي بين جيش المجاهدين القائمين م: (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) ش: أي من حيث المعنى ، لأنه مأخوذ بعد الفتح بالقتال.

م: (وأما المرتدون فيوادعهم الإمام) ش: إذا طلبوا ذلك وجاء الإسلام منهم فيؤخر القتل عنهم م: (حتى ينظر في أمرهم ، لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعًا في إسلامهم) ش: قال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» : هذا إذا غلبت المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله : غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف .

م: (ولا يأخذ عليه مالاً) ش: أي ولا يأخذ الإمام على ما فعل من موادعتهم مالاً م: (لأنه) ش: أي لأن الشأن م: (لا يجوز أخذ الجزية من أهل الردة لما بينا) ش: أي في باب الجزية م: (ولو أخذه لم يرده) ش: أي ولو أخذ الإمام المال منهم لم يرده م: (لأنه مال غير معصوم) ش: لأن مالهم في المسلمين إذا ظهروا على ذلك ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرده عليهم

ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خيف الهلاك ، لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن . ولا ينبغي أن يباع السلاح لأهل الحرب ، ولا يجهز إليهم ؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من لأهل الحرب وحمله إليهم

بعدما وضع الحرب أوزارها ، لأنه ليس بفيء إلا أنه لا يرده حال الحرب لئلا يكون إعانة لهم على المعصية .

م: (**ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام لما فيه من إعطاء الدنية**) ش: أي النقيصة م: (**وإلحاق المذلة بأهل الإسلام**) ش: فلا يجوز ذلك م: (**إلا إذا خيف الهلاك**) ش: إذا كان المسلمون يخافون على أنفسهم الهلاك فلا بأس بذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات م: (**لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن**) ش: وهذا لا يجري على عمومه ، فإنه لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر ينبغي أن يجب ولا يجب بل هو مرخص به .

وكذا لو كره يقتل نفسه أو يقتل غيره لا يجب عليه بل الصبر عن قتل الغير واجب ، حتى لو صبر في الصورتين كان شهيداً فعلم أن المراد بأي طريق كان سوى المشيات التي للإباحة في مباشرتها شرعًا .

م: (**ولا ينبغي أن يباع السلاح لأهل الحرب ولا يجهز إليهم**) ش: أي لا يحتمل إليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني السلاح . وفي « الجامع الصغير » : يكره بيع السلاح من أهل الفتنة م: (**لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم**) ش: هذا حديث غريب بهذا اللفظ .

وروى البيهقي في « سننه » والبزار في « مسنده » والطبراني في « معجمه » من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله القبطي عن أبي رجاء عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة[1] .

وقال البيهقي : رفعه وهم ، والصواب موقوف . وقال البزار : لا نعلم أحدًا يرويه عن النبي ﷺ إلا عمران بن حصين ، والقبطي ليس بالمعروف ، وابن كنيز ليس بالقوي ، وقد رواه مسلم ابن ذرين عن أبي رجاء عن عمران موقوفًا .

---

(١) قال الهيثمي في مجمع الزوائد في موطنين الأول : رواه البزار [٤/ ٨٧] . والثاني : رواه الطبراني في «الكبير» [٤/ ١٠٨] وأعقبهما بقوله : وفيه بحر بن كنيز السقاء وهو متروك .

ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك ، وكذا الكراع لما بينا ، وكذا الحديد لأنه أصل السلاح ، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حرباً علينا ، وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه بالنص ، فإنه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه .

م: (**ولأن فيه**) ش: أي في بيع السلاح لأهل الحرب م: (**تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك**) ش: أي من بيعه م: (**وكذا الكراع**) ش: أي وكذا بيع الكراع منهم لا ينبغي ولا يجهز إليهم، والكراع الخيل م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله لأن فيه تقويتهم .

م: (**وكذا الحديد**) ش: أي وكذا لا ينبغي أن يباع الحديد منهم م: (**لأنه أصل السلاح**) ش: وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح «الجامع الصغير» بيع ما لا يقاتل به إلا بصفة لا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم يجز بيع العنب بأسًا، ولا يبيع الخشب وما أشبه ذلك .

وقال الفقيه أبو الليث في شرحه «للجامع الصغير» : ليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمراً ، إلا أن العصير ليس بآلة للمعصية .

وإنما يصير آلة للمعصية بعدما يصير خمراً ، وأما ها هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال، فإذا كان هكذا يكره من يعرف بالفتنة فبإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره، لأن نفسه ليس بآلة للمعصية كالعصير ، انتهى .

قلت: هذا الذي قاله مثل ما قاله فخر الإسلام ، وهذا هو التحقيق، إلا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك .

ألا ترى أن الحاكم قد نص على تسوية الحديد والسلاح ، وإليه ذهب المصنف ، حيث قال : وكذا الحديد لأنه أصل السلاح ، لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذه آلة الفناء ، حيث لا يكره بيع العصير ممن يتخذه خمراً .

م: (**وكذا بعد الموادعة**) ش: أي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة فكذلك بعد الموادعة م: (**لأنها**) ش: أي لأن الموادعة م: (**على شرف النقض أو الانقضاء**) ش: بتبدل المصلحة أو الانقضاء أو على شرف القضاء مدة الموادعة م: (**فكانوا حربًا علينا**) ش: أي بعد ذلك م: (**وهذا هو القياس**) ش: يعني كان القياس م: (**في الطعام**) ش: أي في بيع الطعام منهم .

م: (**والثوب**) ش: أي وكذا بيع الثوب منهم ، وحمل ذلك إليهم أن يكون مكروهًا م: (**إلا أنا عرفناه بالنص**) ش: أي عرفنا جواز ذلك بالنص ، وفسر النص بقوله م: (**فإنه عليه السلام**) ش: أي فإن النبي ﷺ م: (**أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه**) ش: أي على النبي ﷺ حينئذ . لم يتكلم أحد من الشراح في حديث ثمامة هذا كيف يخرجه ، ومن رواه وما قصته .

....

ورواه البيهقي في «دلائل النبوة» من طريق ابن إسحاق حدثني سعيد المقبري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين ، وفي آخره فقال : إني والله ماحبوت .

ولكني أسلمت وصدقت محمداً وآمنت به ، وايم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيهامحمد وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا إلى رسول الله ﷺ . يسألونه بأرحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم حمل الطعام ففعل رسول الله ﷺ . مختصر ليس في الصحيحين من حيث ثمامة أمر النبي ﷺ لثمامة أن يرد المسيرة على أهل مكة .

وذكره ابن هشام في أواخر السيرة ، وفيه : والله لايصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ ثم خرج إلى اليمامة فمنع أهلنا أن يحملوا إلى مكة شيئًا فكتبوا إلى رسول الله ﷺ إنك تأمر بصلة الرحم وإنك قد قطعت أرحامنا ، فكتب إليه رسول الله ﷺ أن يخلي بينهم وبين الحمل .

ورواه الواقدي أيضًا مطولاً ، وفيه : وكتب يعني رسول الله ﷺ إلى ثمامة أن خل بين قريش وبين المسيرة ، فلما جاءه الكتاب قال : سمعًا وطاعة لرسول الله ﷺ ، مختصر .

قلت: ثمامة بضم الثاء المثلثة من قوله مرات يمير من قار أهلها أي أتاهم بالميرة ، أي بالطعام .



فصل

إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة فرداً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيه قوله عليه السلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ،

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الأمان . ولما كان الأمان نوعًا من الموادعة لما فيه ترك القتال كالموادعة ، ذكره في فصل على حدة .

م: (**إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة فرداً أو جماعة**) ش: أي أو أمن في جماعة م: (**أو أهل حصن**) ش: أى أو أمن أهل حصن م: (**أو مدينة**) ش: أي أو أمن أهل مدينة م: (**صح أمانهم**) ش: أي صح أمان جماعة الكفار وأهل الحصن ، والمصدر مضاف إلى مفعوله وطرأ ذكر الفاعل م: (**ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم**) ش: وسواء كان الرجل الحر الذي أمنهم أعمى أو شيخًا أو مريضًا ، وإذا كان عبداً فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في حكم الأمان م: (**قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم**) ش: هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - ما كتبنا عن رسول الله ﷺ إلا القرآن ، وما في هذه الصحيفة ، فقال رسول الله ﷺ: «حرم ... »الحديث ، وفيه : «**وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ...**» الحديث . وأخرج البخاري نحوه عن أنس .

وأخرج مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ : «**للمدينة حرم...**» الحديث ، وفيه : «**ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم** ».

وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « **المسلمون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ، يسعى بذمتهم أدناهم ، ويرد عليهم أقصاهم** » .

وروي أيضًا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ : « **يد المسلمين على من سواهم تتكافأ دماؤهم ، ويجير على المسلمين أدناهم ، ويرد على المسلمين أقصاهم**»[(1)] .

قوله : تتكافأ دماؤهم أي تتساوى في القصاص والديات ، لا فضل للشريف على وضيع ،

---

(١) أبو داود في الديات [٢٧٥١] ، وابن ماجة [٢٦٨٥] ، «بغية الألمعي» قلت : واللفظ المنسوب لابن ماجة هو عند أبي داود في المغازي - باب السرية ترد على أهل العسكر .

أي أقلهم وهو الوحد ، ولأنه من أهل القتال فيخافونه ، إذ هو يعد من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ، ثم يتعدى إلى غيره ، ولأن سببه لا يتجزأ ، وهو الإيمان ، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الإنكاح ،

كذا قال أبو عبيد ، قوله : ليسعى بذمتهم ، الذمة العهد والأمان ، ولهذا سمى المعاهد ذميًا ، لأنه قد أعطي الأمان على ماله ودمه للجزية التي تؤخذ منه ، ومنه قول سلمان الفارسي : ذمة المسلمين واحدة .

وفسر المصنف أدناهم بقوله : م: **(أي أقلهم ، وهو الواحد ، ولأنه)** ش: لا أقل منه ، وإنما فسره بالأقل احترازاً عن تفسير محمد -رحمه الله- ، حيث فسره بالعبد لأنه أدنى المسلمين ، فجعل الأدنى ها هنا من الدناءة ، وجعله غيره من الدنو .

قوله : وهم يد على من سواهم ، أي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون على ذلك ، ولا يخذل بعضهم بعضًا .

قوله : ويرد عليهم أقصاهم ، معناه إذا دخل العسكر أرض الحرب فوجه الإمام السرايا فيما غنمت من شيء جعل لها ما سمي لها دون ما بقي على العسكر ، لأنهم رد للسرايا .

قوله : ويجير ، من أجرت فلانًا على فلان إذا حميته منه ومنعته ولاية ، أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة م: **(من أهل القتال)** ش: أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة بأن تخرج للمداواة والخبز والطبخ ، وذلك منها جهاداً ، وبمالها أو بعبيدها .

فإن قلت : ما تقول في قوله عليه السلام : **«هاه ما كانت هذه تقاتل»** ، قاله لما رأى امرأة مقتولة؟ قلت: معناه ما تقاتل بنفسها .

م: **(فيخافونه إذ هو يعد من أهل المنعة ، فيتحقق الأمان منه)** ش: الضمير المنصوب في فيخافونه ، وقوله إذ هو ، وفي قوله منه كلها ترجع إلى ما ترجع الضمير الذي في قوله م: **(لملاقاته محله)** ش: أي لملاقاة الأمان ، ومحله هو الحرير الخائف م: **(ثم يتعدى إلى غيره)** ش: أي ثم يتعدى الأمان إلى غيره الذي أمن من المسلمين ، كما في شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من شهد بالهلال ثم يتعدى منه إلى غيره م: **(ولأن سببه)** ش: أي سبب الأمان م: **(لا يتجزأ وهو الإيمان)** ش: أي التصديق بالقلب .

م: **(وكذا الأمان لا يتجزأ)** ش: فإذا تحقق من بعض ، فأما إنه يبطل أو يكمل لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فتحقق الثاني ، وهو معنى قوله م: **(فيتكامل)** ش: أي ينفر ، وكل مسلم به لكان سببه في حقه م: **(كولاية الإنكاح)** ش: فيما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل ، لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تجزأ الولاية ،

قال: إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم ، كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ ، وقد بيناه . ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ،

فكذلك ها هنا .

وقال الأكمل -رحمه الله - : واعلم أن المصنف -رحمه الله - استدل بالمفعول على وجهين جعل المناط في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه . وفي الآخر الإيمان ، فالأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتأخير والأسير ، والثاني يقتضي جوازه . ولو جعلها علة واحدة بخلاف الواو عن الثاني لتقع العلة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يجعل الأول علة ، والآخر شرطًا ، أو سماه مسببًا مجاوزاً، والشيء ينفى على عدمه عند عدم شرطه .

م: (**قال : إلا أن يكون في ذلك مفسدة**) ش: استثنى من قوله صح أمانهم ، أي إلا أن يكون في الأمان فساد في حق المسلمين م: (**فينبذ إليهم**) ش: أي يعلمهم بالنبذ م: (**كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ**) ش: أي يعلم الإمام أهل الحرب بالنبذ دفعًا للضرر عنهم م :(**وقد بيناه**) ش: أي في أول فصل الموادعة عند قوله : وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع إليهم .

م: (**ولو حاصر الإمام حصنًا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة**) ش: أي والحال أن فيه فساد م: (**ينبذ الإمام الأمان لما بينا**) ش: أي في فصل الموادعة كما ذكرناه ، إلا أن قاله الأكمل -رحمه الله - قبل قوله نبذ .

قوله ولو حاصر الإمام حصنًا وأمن واحد من الجيش تكرار محض ، لأنه علم ذلك من قوله لأن يكون فيه مفسدة ، انتهى .

قلت: أراد بهذا القائل ، ألا ترى حيث قال هذا وأقول هذا تكرار محض لا محالة ، لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة .

قال الأكمل : بعد نقله هذا عنه ، وأقول : يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام .

وهذا بعده ، ويجوز أن يكون إعادة تمهيداً أو توطئة لقوله م: (**ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه**) ش: أي يؤدب الإمام ذلك الواحد من الجيش لافتياته ، أي لسبقه على رأي الإمام . قال في المجمل الافتيات افتعال من الفوت وهو السبق إلى الشيء دون ائتمار من يؤتمر ، يقال الافتيات على فلان أي لا يعمل شيء دون أمره .

بخلاف ما إذا كان فيه نظر ، لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذوراً . ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم ، وكذا لا ولاية له على المسلمين ، قال : ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم ولا يخافونهما ، والأمان يختص بمحل الخوف ، ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح . ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ،

وأصل الافتيات الافتوات ، لأنه من الفوت أجوف واوي ، فقلبت الواو ياء بتحركها وانكسار ما قبلها .

م: (**بخلاف ما إذا كان فيه نظر**) ش: أي بخلاف ما إذا كان في أمان هذا الواحد من الجيش نظر للمسلمين ومصلحة لهم من حيث لا يؤدبه الإمام م :(**لأنه**) ش: أي لأن هذا الواحد لو انتظر إلى رأي الإمام م :(**ربما تفوت المصلحة بالتأخير**) ش: أي بتأخير الأمان م: (**فكان**) ش: هذا الواحد م: (**معذوراً**) ش: في الإقدام على الإمام .

م: (**ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم**) ش: لأنه من جملتهم وإن حضر لمعونة المسلمين، وهو متهم في حقنا لأنه في تقوية الكفر . وعن مالك : يصح أمانه لأن له ذمة ، فكان تابعًا للمسلمين، والمشهور عنه أنه لا يصح م: (**وكذا لا ولاية له على المسلمين**) ش: لأنه لأمانه ولاية وهي نفاذ قول على الغير ، ولا ولاية للكافر على أهل الإسلام ، قال الله تعالى : ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾ (النساء : الآية ١٤١) ، فلا يصح أمانه .

م: (**قال : ولا أسير ولا تاجر**) ش: أي ولا يصح أيضًا أمان أسير ولا أمان تاجر م: (**يدخل عليهم**) ش: أي على أهل الحرب م: (**لأنهما مقهوران تحت أيديهم**) ش: لأن الأمان لدفع الخوف م: (**ولا يخافونهما**) ش: أي ولا يخاف أهل الحرب من الأسير والتاجر م: (**والأمان يختص بمحل الخوف**) ش: والأسير والتاجر ليسا بمحل الخوف لأنهما مقهوران .

م: (**ولأنهما**) ش: أي ولأن الأسير والتاجر م: (**يجبران عليه**) ش: أي على الأمان إذا احتاجوا إليه م: (**فيعرى الأمان عن المصلحة**) ش: لأن الأمان شرح لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في أمان حصل عن إكراه مفسد للتراضي .

م: (**ولأنهم**) ش: أي ولأن أهل الحرب م: (**كلما اشتد الأمر عليهم**) ش: من ضيق الحصار وشدة المحال م: (**يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون**) ش: عند الشدائد م: (**بأمانه**) ش: أي بأمان الأسير أو التاجر م: (**فلا ينفتح لنا باب الفتح**) ش: لأنه ينسد بالأمان فيؤدي إلى سد ركن الجهاد .

م: (**ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله والأمان

ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله- إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد -رحمه الله-: يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف -رحمهما الله- معه في رواية ، ومع أبي حنيفة -رحمه الله- في رواية لمحمد -رحمه الله- قوله عليه السلام : أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري -رضي الله عنه- ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال ، وبالمؤيد من الأمان ،

يختص بمحل الخوف م: (**ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه**) ش: من القتال م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد- رحمه الله - : يصح وهو قول الشافعي**) ش: وبه قال محمد ومالك وأحمد م: (**وأبو يوسف- رحمهما الله - معه**) ش: أي مع محمد م: (**في رواية**) ش: وهي رواية الكرخي م: (**ومع أبي حنيفة - رحمه الله - في رواية**) ش: وهي رواية الطحاوي وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه في «المبسوط » .

م: (**لمحمد- رحمه الله - قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري - رضي الله عنه -**) ش: هذا الحديث غريب ، واسم أبي موسى عبد الله بن قيس . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حديثًا طويلاً عن فضيل بن يزيد الرقاشي وفيه أجاز عمر أمانه ، أي أمان العبد .

وروى البيهقي بإسناد ضعيف عن علي - رضي الله عنه - مرفوعًا : «ليس للعبد من الغنيمة إلا خرثي من المتاع وأمانه جائز ، وأمان المرأة جائز إذ هي أعطت القوم الأمان[1] . قوله خرثي من المتاع بضم الخاء المعجمة وسكون الراء وكسر الثاء المثلثة وتشديد الياء آخر الحروف .

قال ابن الأثير : الخرثي : أثاث البيت ومتاعه ، واستدل الأترازي لمحمد بقوله عليه السلام : « ويسعى بذمتهم أدناهم» وأدنى المسلمين العبد فيصح أمان العبد كيف بان لإطلاق الحديث .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن العبد م: (**مؤمن ممتنع**) ش: يعني ذو قوة وامتناع ، يعني له بنية صالحة للقتال م: (**فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال**) ش: والجامع على كلمة الله ودفع شر الكفار م: (**وبالمؤيد من الأمان**) ش: يعني واعتبار بالمؤبد بالباء الموحدة ، يعني عقد الذمة ، فإن الحربي إذا عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح ، وهذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميًا بالاتفاق حتى يجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك .

---

(١) «السنن الكبرى» للبيهقي - باب أمان العبد [٩/ ٩٤] .

فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة والجهاد عبـادة، والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعـة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة ، وإنما لا يملك المسابقة لما فيها من تعطيل منافع المـولى ولا تعطيل في مجرد القول . ولأبي حنيفة-رحمـه الله- أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله ، بخلاف المأذون له في القتال ، لأن الخوف منه متحقق ، ولأنه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في

م: (**فالإيمان**) ش: مرفوع على الابتداء ، وخبره محذوف ، أي شرطه يعني شرط الإيمان في قولنا ، ولأنه مؤمن يصح أمانه م: (**لكونه**) ش: أي لكون الإيمان م: (**شرطًا للعبـادة والجهاد عبـادة والامتناع**) ش: أي الامتناع شرط أيضًا م: (**لتحقق إزالة الخوف به**) ش: أي بالامتناع م: (**والتأثير**) ش: يعني في صحة قياس المحجور على المأذون له ، وقيل : معني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له م: (**إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة**) ش: أي حالة المصلحة وهو الأمان في الحر .

فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة م: (**وإنما لا يملك المسابقة**) ش: جواب عما يقال : الأصل في الجهاد هو المسابقة ، وهي المضاربة بالسوء وهؤلاء يملكه ، فكذا لا يملك الأمان أيضًا . وتقرير الجواب أنه لا يملك المسابقة م: (**لما فيها**) ش: أي في المسابقة م: (**من تعطيل منافع المولى**) ش: وهو لا يملك ذلك م: (**ولا تعطيل**) ش: أي لمنافعه م: (**في مجرد القول**) ش: وهو ظاهر .

م: (**ولأبي حنيفة-رحمه الله - أنه**) ش: أي أن العبد م: (**محجور عن القتال ، فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه**) ش: أي لأن أهل الحرب سراي العبد م: (**فلم يلاق الأمان محله**) ش: ومحله الخوف . وقال الأكمل : قوله ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال يصح أن يكون ممانعة .

وتقريره لا نسلم وجود الامتناع ، لأن الامتناع إنما يكون لإزالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معاوضة وهو الظاهر من كلام المصنف. تقريره أنه محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه ، وفيه نظر ، فإن الخوف أمر باطني لا دليل على وجوده ولا على عدمه ، فإن الكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه .

والجواب : أن ذلك يعلم بترك المسابقة، فإنهم لما أرادوا شيئًا مقتدراً على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحًا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع من ذلك ممن له المنع . ولو قال المصنف : أنه ممنوع عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل إثباتًا لمذهب أبي حنيفة فتأمل.

م: (**بخلاف المأذون له في القتال ، لأن الخوف منه متحقق**) ش: فصح أمانه م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن العبد المحجور وهو عطف على قوله لأنهم لا يخافونه م: (**إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في**

حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه ، والأمان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطيء ، بل هو الظاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف المأذون لأنه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال ، وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ، ولأنه مقابل بالجزية ، ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك ، وإسقاط الفرض يقع فافترقا .

حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه) ش: أي في حق المولى م: (والأمان نوع قتال، وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطئ) ش: أي لأن العبد قد يخطئ في القتال لعدم ممارسته بأمر الحرب م: (بل هو الظاهر) ش: لأن اشتغاله بخدمة المولى يمنعه عن التعلم بأدب الحرب .

م: (وفيه) ش: أي وفي الأمان م: (سد باب الاستغنام) ش: أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم ، فإذا كان ممنوعًا الضرر للمولى ، فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين ، توضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال بالاستغنام بعد ذلك ، والاستغنام الكتاب مال مباح فيعد صحة الأمان لا يبقي للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر للمولى لا محالة .

م: (بخلاف المأذون لأنه رضي به) ش: أي بخلاف أمان المأذون ، لأن المولى رضي له أي بأمانه م: (والخطأ نادر) ش: أي الخطأ من المأذون نادر م: (لمباشرته) ش: أي لمباشرة المأذون م: (القتال) ش: لأنه لما باشره عرف مصلحة الأمان فكان الخطأ نادرًا . م: (وبخلاف المؤبد) ش: أي الأمان المؤبد وهو عقد الذمة ، وهو جواب قول محمد وبالمؤبد بالأمان م: (لأنه) ش: أي لأن الأمان المؤبد م: (خلف عن الإسلام) ش: أي من حيث إنه ينتهي به القتال المطلوب به السلام الحربي م: (فهو بمنزلة الدعوة إليه) ش: أي إلى الإسلام ، وهي نفع للمسلمين لا ضرر فصح ذلك الأمان كذلك .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الأمان المؤبد م: (مقابل بالجزية) ش: وفيه نفع للمسلمين م: (ولأنه) ش: أي ولأن الأمان المؤبد م: (مفروض) ش: أي فرض م: (عند مسألتهم) ش: أي مسألة أهل الحرب م: (ذلك) ش: أي الأمان . وقال الأترازي : هنا يعني إذا طلب الحربي الإسلام عليه من المحجور يفترض عليه الفرض .

وقال الأكمل : ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك ، يعني أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض عليه - على الإمام- إجابتهم إليه م: (وإسقاط الفرض يقع) ش: وقال تاج الشريعة : إذا طلبوا يفترض على الإمام إجابتهم ، فيكون العبد مسقطًا لفرض ، وإسقاط الفرض يقع لكونه منجيًا من العذاب ولا كذلك الأمان . لأنه ليس فيه إسقاط الفرض م: (فافترقا) ش: أي افترق أمان العبد المحجور عليه عن القتال ، وأمان المأذون له بالقتال أو افترق الأمان الموقت من المحجور عليه عن القتال الأمان والمؤبد منه .

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون ، وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال ، فعلى الخلاف ، وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق .

م: (**ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح**) ش: أي أمانه م: (**كالمجنون**) ش: في عدم صحة أمانه ، وبه قالت الثلاثة . وقال الناطقي في «الأجناس» ناقلاً عن« السير الكبير» قال محمد : الغلام الذي راهق وهو يقبل الإسلام ويضمن جاز أمانه ، ثم قال وهذا قوله . وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز .

وقال في كتابه «النهي» : لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يقبل الإسلام وصفاته . م: (**وإن كان**) ش: أي الصبي م: (**يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور في العبد المحجور فعند أبي حنيفة لا يصح أمانه، وعند محمد يصح ، وبه قال مالك وأحمد في وجه، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه .

م: (**وإن كان**) ش: أي الصبي م: (**مأذونًا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق**) ش: أي باتفاق أصحابنا وليس على الخلاف ، لأنه يصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن .

فائدة : وألفاظ الأمان للحربي لا تخف ولا تؤجل « أو مترس » بالفارسية يعني : لا تخف ولكم عهد الله وذمة الله ، أو يقال فاسمع الكلام ذكره في «السير الكبير » .

* * *

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر -رضي الله عنه- بسواد العراق بموافقة من الصحابة -رضي الله عنهم-

---

م: (**باب الغنائم وقسمتها**)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الغنائم : وهي جمع غنيمة ، والغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة . والفيء : اسم المال يؤخذ منهم بغير قتال كالخراج والجزية ويخمس الغنيمة وأربعة أخماسه للغانمين ، والفيء لا يخمس ، بل هو لكافة المسلمين ، والعقل : ما يخص الإمام الغازي زيادة على سهمه .

م: (**وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين**) ش: أي فهذا ليس بتفسير للعنوة لغة ، لأن عنا يعنو بمعنى ذل وخضع ، وهو لازم ، وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن ، لأن من الذلة يلزم القهر ، أو أن الفتح بالمذلة ملتزم للقهر . قوله قسمه أي قسم البلدة بتأويل البلد ، وإلا كان ينبغي أن يقال قسمها م: (**كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر**) ش: أخرجه أبو داود في مسنده عن يحيى بن زكريا عن يحيى بن سعيد عن بشير بن بشار عن سهل بن خيثمة قال : قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفًا لنوائبه ونصفًا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهمًا [1] .

م: (**وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر - رضي الله عنه - بسواد العراق**) ش: أخرج ابن سعد في « الطبقات » بإسناده أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه بعث عثمان بن حنيف على خراج السواد . . . الحديث ، وفيه أنه أفرض الخراج على كل حربي إلى أن قال : وأفرض على رقابهم على الموسر ثمانية وأربعين درهمًا ، وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهمًا وعلى من لم يجد شيئًا اثني عشر درهمًا . . . الحديث .

ورواه ابن زنجويه في كتاب «الأموال» كذلك ، وسمى سواد العراق لخضرة أشجاره وزروعه . حده طويلاً من مدينة الموصل إلى عبادان عرضًا من العزيب إلى حلوان ، وهو الذي على عهد عمر - رضي الله عنه - وهو أطول من العراق وثلاثين فرسخًا .

م: (**بموافقة من الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: ما خالفه في ذلك إلا بلال وأصحابه .

---

(١) أبو داود في كتاب الخراج - باب ما جاء في حكم أرض خيبر [٣٠١٠] .

ولم يحمد من خالفه ، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير .

وفي «المبسوط» من صحابة سلمان وأبا بردة فقالوا اقسم بيننا ، فإن الغنيمة حقنا ، وكان عمر - رضي الله عنه - يقول : ما فعلت هو الحق ولم يدركوا الحكمة فيما فعل عمر - رضي الله عنه- ، وتمسكوا بالظاهر فيما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ، ولم يكن فعله ذلك بأهل خيبر بطريق الحتم ، إذ لو كان بطريق الحتم لما خالفه عمر - رضي الله عنه - وقد روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى زيد بن أسلم عن أبيه ، قال : قال عمر - رضي الله عنه - لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها ، كما قسم النبي ﷺ خيبر ، ولما لم يرجع بلال وأصحابه عما قالوا ولم يتركوا المنازعة مع عمر - رضي الله عنه - دعى عمر عليهم .

وقال القاضي أبو زيد : روي أن عمر قال : اللهم اكفني بلالاً وأصحابه ، فحال الحول ومافيهم عين تطرف ما تواكلهم . وقال تاج الشريعة : فدعى عليهم عمر - رضي الله عنه - على المنبر وقال : اللهم اكفني بلالاً وأصحابه ، فماتوا جميعًا قبل تمام السنة ، وأشار المصنف إلى ذلك بقوله م: (**ولم يحمد من خالفه**) ش: أي من خالف عمر - رضي الله عنه - م: (**وفي كل من ذلك قدوة**) ش: أي من القسمة بين الغانمين وإقرار أهلها قدوة ، أي اتباع لما فعله عمر ومن وافقه من الصحابة ، فإذا كان كذلك م: (**فيتخير**) ش: الإمام بين القسمة وإقرار أهلها عليها . ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحداً من الصحابة ؛ بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ إذا لم يصل إلى حد الإجماع . والجواب عنه من وجهين ، أحدهما أن فعل النبي ﷺ إذا لم يصل إلى حد الإجماع يعلم أنه عليه السلام على أي جهة فعله يحمل على أدنى منازل فعاله وهي الإباحة ، وحينئذ لا يستوجب لا محالة ، فإذا ظهر دليل أصحابي جاز أن يعمل بخلافه .

قلت: فيه تأمل . والآخر أن يقال فيه: إن عمر - رضي الله عنه - قد علم من النبي ﷺ أن ما فعله بأهل خيبر لم يكن على وجه الحتم كما ذكرناه الآن .

الوجه الثاني : أنه على تقدير أنه عليه السلام فعل ذلك وجوبًا ، فإن عمر - رضي الله عنه- فعل ما فعل مستنبطًا من قوله تعالى : ﴿ **والذين جاءوا من بعدهم** ﴾ بعد قوله تعالى ﴿ **ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى** ﴾ (الحشر : الآية ٧) .

فيكون ثابتًا بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير في خصال الكفارة فعل النبي ﷺ أحدهما وفعل عمر -رضي الله عنه- الآخر ، هذا الذي ذكره الأكمل .

وقال صاحب «النهاية» : روي [أن] عمر- رضي الله عنه- استشار الصحابة مراراً ثم

وقيل : الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين ، والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني ، وهذا في العقار ، وأما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم ؛ لأنه لم يرد به الشرع فيه ، وفي العقار خلاف الشافعي -رحمه الله- لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم ، فلا يجوز من غير بدل يعادله ، والخراج غير معادل لقلته .

جمعهم فقال : أما إني تلوت آية من كتاب الله استغنيت بها عنكم ، ثم تلى قوله تعالى : **﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ﴾** إلى قوله : **﴿ للفقراء المهاجرين﴾** إلى قوله : **﴿ والذين تبوءوا الدار﴾** وهكذا قرأ عمر - رضي الله عنه - إلى قوله : **﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾** ثم قال : أرى لمن بعدكم في هذا الفيء نصيبًا ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب .

قسمها عليهم وجعل الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ليكون لهم ولمن يأتي من بعدهم من المسلمين ولم يخالفه على ذلك إلا نفر منهم بلال ولم يحمدوا على خلافه .

م: (**وقيل**) ش: في التوفيق بينهما م: (**الأولى**) ش: أي القسمة كما فعل رسول الله ﷺ م: (**هو الأول عند حاجة الغانمين**) ش: أي عند احتياجهم إليها ، وفي بعض النسخ وقيل الأول هو الأولى .

م: (**والثاني**) ش: أي إقرار أهل البلد عليه بالمن ، ووضع الجزية والخراج كما فعل عمر - رضي الله عنه - م: (**عند عدم الحاجة**) ش: أي حاجة الغانمين إليها م: (**ليكون عدة في الزمان الثاني**) ش: أي في الذي يأتي بعدهم م :(**وهذا**) ش: أي إقرار أهل البلد على بلدهم بالمن م: (**في العقار ، أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه**) ش: بأن يدفع إليهم مجانًا ويقسم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار على ما يأتي عن قريب .

م: (**وفي العقار خلاف الشافعي- رحمه الله-**) ش: فإن عنده لا يجوز إقرار أهل البلد على بلدتهم بالمن في العقار ، بل يقسم الأرض أيضًا ولا يتركها في أيديهم ، وبه قال أحمد ، وعن مالك يقسمها ، وعنه كقولنا : م: (**لأن في المن إبطال حق الغانمين**) ش: أي عندنا لأنه لا يثبت الملك قبل الإحراز بدار الإسلام م: (**أو ملكهم**) ش: أي أو إبطال ملكهم عند الشافعي ، لأن الغنيمة تملك عنده قبل الإحراز بالدار م: (**فلا يجوز**) ش: أي المن م: (**من غير بدل يعادله**) ش: أي يعادل حق الغانمين فإن قيل الخراج معادله .

أجاب بقوله : م: (**والخراج غير معادل**) ش: أي يعادل حق الغانمين ، فإن قيل الخراج يعادله ، أجاب بقوله : والخراج غير معادل م: (**لقلته**) ش: فإن قيل فالحق إذ الملك ثبت في رقابهم أيضًا وجاز أن يقسمها .

بخلاف الرقاب ، لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه ، ولأن فيه نظراً لهم لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة ،مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد ، والخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلا لدوامه . وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة .

فأجاب بقوله : م: (**بخلاف الرقاب**) ش: يعني أن حقهم لم يتعلق بها م: (**لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسًا**) ش: يعني بالكلية م: (**بالقتل**) ش: فكذا له أن يبطل بالخلف وهو الجزية ، وهذا لأنها خلقت في الأصل حراً ، والملك يثبت معارضًا ، فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل ، فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً .

م: (**والحجة عليه**) ش: أي على الشافعي م: (**ما رويناه**) ش: أي من فعل عمر - رضي الله عنه - بموافقة الصحابة م: (**ولأن فيه**) ش: أي في إقرار أهله عليه م: (**نظراً لهم**) ش: أي للمسلمين م: (**لأنهم**) ش: أي لأن الكفار يكونون م: (**كالأكرة**) ش: بفتح الهمزة والكاف والراء ، أي كالمزارعين م: (**العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة**) ش: حاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في إقرار أهلها عليها ، لأنه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد .

وكان يكره العدو ، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضًا ، فإذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين القائمة بوجوه الزراعة م: (**والمؤن**) ش: أي مؤن الزراعة م: (**مرتفعة**) ش: عن الإمام وعن المسلمين م: (**مع أنه يحظى**) ش: بالظاء المعجمة م: (**به الذين يأتون من بعد**) ش: قال شيخنا : هذا إشارة إلى قوله تعالى : ﴿ **والذين جاءوا من بعدهم** ﴾ .

م: (**والخراج وإن قل**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي ، والخراج غير معادل لعلته ، تقدير الجواب أن الخراج وإن قل م: (**حالاً**) ش: لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنته م: (**فقد جل**) ش: بالجيم م :(**مآلاً**) ش: أي في المستقبل م: (**لدوامه**) ش: في وجوبه كل سنة .

م: (**وإن من**) ش: أي الإمام م :(**عليهم**) ش: أي على الكفار م: (**بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل**) ش: لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأراضي إلا بأسباب الزراعة ، فلا بد من أن يدع لهم ما به يتقوون على ذلك م: (**ليخرج عن حد الكراهة**) ش: معناه ما قال الإمام التمرتاشي فإن من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الأموال جاز .

ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون الأموال ولا يقالهم بدون ما يمكن به مرجئة العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأرض ، لأن عمر - رضي الله عنه - لم يفعل ذلك

قال : وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام قد قتل ، ولأن فيه حسم مادة الفساد ، وإن شاء استرقهم ، لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام ، وإن شاء تركهم أحرارًا ذمة للمسلمين لما بينا . إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ،

وهو الإمام في هذا الكتاب وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة .

م: (**قال**) ش: أي الإمام ، وفي بعض النسخ قال القدوري : م: (**وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ قتلهم ، أخرج البخاري ومسلم عن الزهري عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر ، فلما نزعه جاء رجل فقال : يارسول الله من جعل متعلقًا بأستار الكعبة ، فقال : اقتلوه ، زاد البخاري وقال مالك : ولم يكن النبي ﷺ فيما نرى والله أعلم يومئذ محرمًا . وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير أن رسول الله ﷺ م: (**قد قتل**) ش: يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً : مطعم بن عدي ، والنفس بن عدي[1] وهو غلط ، وإنما هو طعمة بن عدي وهو أخو مطعم ، وأهل المغازي ينكرون قتل مطعم بن عدي يومئذ ويقولون مات بمكة قبل بدر ، والذي قتل يوم بدر هو أخوه طعمة ولم يقتل صبراً وإنما قتل في المعركة والله أعلم .

م: (**ولأن فيه**) ش: أي في قتل الأسارى م: (**حسم مادة الفساد**) ش: أي قطع مادته م: (**وإن شاء**) ش: أي الإمام م :(**استرقهم لأن فيه**) ش: أي في استرقاقهم م :(**دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام ، وإن شاء تركهم أحرارًا ذمة للمسلمين لما بينا**) ش: أي فعل عمر - رضي الله عنه - .

فإن قيل : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز .

أجيب : بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن ، هكذا في المتنازع فيه بفعل عمر - رضي الله عنه - .

وقال الأترازي : وأما جعلهم أهل ذمة على الجزية توضع الجزية والخراج فلما روي عن عمر -رضي الله عنه - أنه فعل كذلك بأرض السواد . وهو معنى قوله لما بينا ، لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وغير المرتدين لأنه لا يجوز استرقاقهم ، ولا وضع الجزية ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وأشار إليه المصنف بقوله : م: (**إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين**) ش: أي في باب الجزية م: (**إن شاء الله تعالى**) .

---

(١) أبو داود في « كتاب المراسيل» [١٦٥] .

ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب ، لأن فيه تقويتهم على المسلمين ، فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه ، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك ، بخلاف إسلامهم قبل الأخذ ، لأنه لم ينعقد السبب بعد . ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : يفادى بهم أسارى المسلمين ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- ، لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به ، وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حرباً علينا ، ودفع شره وشر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء من الله

م: (**ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا**) ش: أي فإن أسلم الأسارى بعد الأسر م: (**لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه**) ش: أي بدون القتل ، لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد حصل ذلك بالإسلام بدون القتل ، فلا حاجة إليه ، لكن يجوز استرقاقهم وهو معنى قوله .

م: (**وله**) ش: أي للإمام م : (**أن يسترقهم توفيراً للمنفعة**) ش: للمسلمين م: (**بعد انعقاد سبب الملك**) ش: وهو أخذهم وهم كفار م: (**بخلاف إسلامهم قبل الأخذ**) ش: حيث لا يجوز استرقاقهم م: (**لأنه لم ينعقد السبب بعد**) ش: أي سبب الملك وهو الاستيلاء الأخذ بعد الإسلام . م: (**ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: المفاداة تكون بين اثنين ، لأنه من باب المفاعلة يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته ، كذا قال المطرزي وقيد الأسير استنقاذة بنفس أو مال ، والفدية اسم ذلك المال ، وجمعها فدى ، وفديات ، وعن المبرد المفاداة أن يدفع رجلا ويأخذ رجلا والفداء أن يشتريه ، وقيل هما بمعنى .

وقال ابن الأثير : الفداء بالكسر والمد والفتح مع القصر فكاك الأسير ، يقال فداه يفديه فداء وفدى وفاداه يفاديه مفاداة إذا أعطى فداءه وأنقذه ، وفاداه بنفسه وفداه إذا قال له جعلت فداك ، وقيل المفاداة أن يفتدى الأسير بأسير مثله ، علم أن أخذ الفدية بمقابلة إطلاق أسارى المشركين لا يجوز عند أبي حنيفة وهو المشهور عنه .

م: (**وقالا : يفادى بهم**) ش: أي الأسارى التي في أيدينا م: (**أسارى المسلمين وهو قول الشافعي -رحمه الله-**) ش: وقول مالك وأحمد إلا بالنساء ، فإنه لا يجوز المفاداة بالنساء عندهم ، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم م :(**لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به**) ش: أي أولى من قتل الكافر الأسير في أيدينا والانتفاع بالكفر .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن فيه**) ش: أي في فداء أسارى المسلمين م: (**معونة للكفرة**) ش: وفي بعض النسخ تقوية م: (**لأنه**) ش: أي الأسير الذي يدفع إليهم م :(**يعود حربًا علينا ودفع شره وشر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء من الله**

تعالى في حقه غير مضاف إلينا ، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضافة إلينا ، أما المفاداة بمال يؤخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا ، وفي «السير الكبير» أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر ، ولو كان أسلم أسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال : ولا يجوز المن عليهم ، أي على الأسارى خلافاً للشافعي -رحمه الله-

---

تعالى في حقه) ش: حال كونه م: (غير مضاف إلينا) ش: أي إلى فعلنا م: (والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضافة إلينا) ش: بطريق التسبب فلا يجوز .

فإن قلت : حديث الطحاوي في «شرح الآثار» عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين .

قلت : هو منسوخ بدليل ما أخبر عمران بن حصين في «شرح الآثار» أيضًا ، تفسيره أن النبي ﷺ فدى بذلك المأسور بعد أن أقر بالإسلام ، وقد نسخ أن يرد أحد من أهل الإسلام إلى الكفار ، بقوله تعالى : ﴿ فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ (الممتحنة : الآية ١٠) .

م: (أما المفاداة بمال يؤخذ منهم) ش: أي يأخذه الإمام من الكفار م: (لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا) ش: أي بقوله إن فيه معونة للكفرة م: (وفي «السير الكبير») ش: عن محمد م: (أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) ش: فإنه عليه السلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء وكان أربعة آلاف درهم ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وقال الأترازي : وهذا الاستدلال عجيب مع نزول الآية بالإنكار على المفاداة .

قلت : وهي قوله تعالى : ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب ﴾ (الأنفال : الآية ٦٨) ، فقال ﷺ : « لو نزل العذاب ما نجي منه إلا عمر» ، لأن عمر -رضي الله عنه- كان يشير بالقتل .

م: (ولو كان أسلم أسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد) ش: لأنه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم م :(إلا إذا طابت نفسه به) ش: أي إلا إذا رضي بذلك نفس الأسير المسلم م :(وهو مأمون على إسلامه) ش: لا بخلاف عليه بالردة وينبغي أن يكون هذا على قوله لأن في المشهور عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنها لا يهادى الأسير بالنفس ولا بالمال .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ولا يجوز المن عليهم) ش: هذا قول القدوري ، وقوله م: (أي على الأسارى) ش: ، من كلام المصنف -رحمه الله- ، والمن هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانًا بدون إجراء الأحكام عليهم من القتل أو الاسترقاق أو تركهم ذمة المسلمين م: (خلافًا للشافعي -رحمه الله-) ش: ومالك وأحمد ، وقال الشافعي : حكمهم أحد الأمور الأربعة :

فإنه يقول : مَنَّ رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى : ﴿ اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ (النساء:الآية٦٦) ، ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه ، فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ، وما رواه منسوخ بما تلونا . وإذا أراد الإمام العود ومعه المواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها . وقال الشافعي -رحمه الله- :يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة .

القتل والاسترقاق والفداء بالأسارى أو بالمال أو المن ، وعندهما أحد الأمور الثلاثة ولا يجوز المن، وعند أبي حنيفة أحد الأمرين القتل أو الاسترقاق ولا يجوز الفداء أو المن .

م: (**فإنه**) ش: أي فإن الشافعي م: (**يقول : منَّ رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر**) ش: وروي أنه عليه السلام من على أبي عزة الجمحي يوم بدر .

م: (**ولنا قوله تعالى: ﴿ اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾** م: (النساء : الآية ٦٦) ، **ولأنه**) ش: أي : ولأن المأسور كذا قاله الكاكي، والأولى أن يقال ولأن الشأن م: (**بالأسر والقسر**) ش: أي القهر م: (**ثبت حق الاسترقاق فيه**) ش: أي في المأسور م: (**فلا يجوز إسقاطه**) ش: أي إسقاط الحق م: (**بغير منفعة وعوض**) ش: كسائر الأموال المقسومة ، ولأن في ذلك تقوية لهم على المسلمين فلا يجوز كرد السلاح إليهم .

م: (**وما رواه**) ش: أي الشافعي م: (**منسوخ بما تلونا**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **اقتلوا المشركين**﴾ لأنه متأخر نزل بعد ذلك ، لأن سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ فكان ناسخًا لما تقدم كله .

ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياسًا عليهم ، أو لحديث أبي عزة أو غيرهما ، والجواب أن قياس الأسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الأسير ، وهي المناط وكذا المستأمن لعدم استحقاق رقبته ، وحديث أبي عزة متقدم على الأئمة وغيرها غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص شيء من ذلك .

م: (**وإذا أراد الإمام العود**) ش: أي إلى دار الإسلام م :(**ومعه المواشي**) ش: جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم م :(**فلم يقدر على نقلها**) ش: أي على نقل الماشية م: (**إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها ، وقال الشافعي- رحمه الله - يتركها**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - وقال مالك : يجوز عقرها لا حرقها م: (**لأنه عليه السلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة**) ش: هذا غريب .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا محمد بن فضل عن يحيى بن سعيد قال حدث أن أبا بكر - رضي الله عنه - بعث جيوشًا . . . . الحديث ، وفيه لا يعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة .

ولنا أن ذبح الحيوان يجوز بغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار، وصار كتخريب البنيان، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه، وبخلاف العقر لأنه مثلة وتحرق الأسلحة أيضاً وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقدر عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم. ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام. وقال الشافعي -رحمه الله- : لا بأس بذلك، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت، ويبنى على هذا الأصل عدة من المسائل،

بفتح الكاف وضمها مصدر الأكل.

م: (**ولنا أن ذبح الحيوان يجوز بغرض صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء**) ش: وإلحاق الغيظ فتذبح م: (**ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار، وصار كتخريب البنيان**) ش: والجامع قطع المنفعة عنهم م: (**بخلاف التحريق قبل الذبح**) ش: حيث لا يجوز م: (**لأنه منهي عنه**) ش: أي لأن الحرق بالنار منهي عنه.

وفيه أحاديث منها ما رواه البخاري عن سليمان بن يسار عن أبي هريرة بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال: «إن وجدتم فلانًا وفلانًا فأحرقوهما»، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال: «إن وجدتم فلانًا وفلانًا فاقتلوهما ولا تحرقوهما، فإنه لا يعذب بها إلا الله» وأخرجه الترمذي في «سننه»، وسمى الرجلين فقال فيه: إن وجدتم هباز بن الأسود، ونافع بن عبد القيس.

م: (**وبخلاف العقر**) ش: حيث لا يجوز م: (**لأنه مثلة**) ش: وهو حرام م: (**وتحرق الأسلحة أيضًا**) ش: لقطع قوتهم هذا إذا كان الإمام لايقطع من إخراجها إلى دار الإسلام، وكانت مما يحرق بالنار م: (**وما لا يحترق منها**) ش: بأن كان من الحديد م: (**يدفن في موضع لا يقدر عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم**) ش: لأن قطع قوتهم بهذا السلاح يكون بالدفن.

م: (**ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي - رحمه الله - لا بأس بذلك**) ش: أي بالقسم في دار الحرب بعدما انهزم المشركين، وبه قال أحمد، وقال مالك يعجل قسمة الأموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبي إلى دار الإسلام م: (**وأصله**) ش: أي أصل الخلاف م: (**أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده**) ش: أي وعند الشافعي م: (**يثبت ويبتنى على هذا الأصل عدة من المسائل**) ش: منها أن أحدًا من الغانمين إذا وطئ أمة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده وصارت الأمة أم ولد.

وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين، ومنها البيع لو باع الإمام أو واحد من الغزاة شيئًا من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافًا لهم، ومنها الإرث إذا مات أحد الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافًا لهم.

ذكرناها في كفاية المنتهى ، له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيد ، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد ، وقد تحقق . ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ، والخلاف ثابت فيه ، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة ، والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهراً .

ومنها لو لحق المدد قبل القسمة لا يشاركه عندهم ويشارك عندنا ، ومنها لو أتلف واحد شيئًا من المغنم قبل الإحراز لا يضمن عندنا خلافًا لهم م : (**ذكرناها في كفاية**) ش: بتوفيق الله ، أراد بالكفاية كفاية م: (**المنتهى**) ش: وهو كتاب معدوم لم يقع في ديار العراق والشام ومصر .

م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيد**) ش: والاحتطاب م: (**ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق**) ش: أي الاستيلاء .

م: (**ولنا أنه عليه السلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب**) ش: هذا غريب ليس له أصل م: (**والخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي م: (**ثابت فيه**) ش: أي في البيع فمن حرم البيع القسمة م: (**والقسمة بيع معنى**) ش: أي من حيث المعنى لاشتمالها على الأفراد والمبادلة لا محالة م: (**فتدخل تحته**) ش: أي فتدخل القسمة تحت البيع ، فكما لا يجوز البيع لا تجوز القسمة .

م: (**ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة**) ش: وهي اليد التي يثبت بها حفظ العين م: (**والناقلة**) ش: أي وإثبات اليد الناقلة وهي التي تنقل العين من شخص إلى شخص ، قاله الأترازي ، وقال الكاكي : والناقلة بأن ينقله كيف شاء يتصرف فيه ، وقيل : الناقلة بالإحراز الناقل إلى دار الإسلام .

م: (**والثاني**) ش: أي إثبات اليد الناقلة م: (**منعدم لقدرتهم**) ش: أي لقدرة الكفرة م: (**على الاستنقاذ**) ش: أي الاستخلاص لأنهم قاهرون بالدار معنى لأنها في أيديهم م : (**ووجوده**) ش: بالجر عطف على قوله لقدرتهم ، أي لوجود الاستنقاذ م: (**ظاهراً**) ش: لكون الدار في أيديهم ، لأن الدار إنما تضاف إلينا أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء وما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم عرف أن القوة لهم .

ألا ترى أنه يحل للإمام أن يرجع إلى دار الإسلام ويترك هذ البقعة في أيديهم والقوة على الاسترداد ظاهر ، يمنع ثبوت يد المسلمين ، بخلاف ما إذا فتحت البلدة ، لأنها صارت دار إسلام لفتحها وإجراء الأحكام فيها .

فكان فتح البلدة كالإحراز بدارنا ، إليه أشار في «المبسوط» وفي «السير الكبير» : دار الحرب الأرض التي يخاف فيها المسلمون من أرض العدو ، ودار الإسلام ما غلب عليها المسلمون

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد ، لأن حكم الملك لا يثبت بدونه ، وقيل الكراهة

وكانوا فيه آمنين .

م: (**ثم قيل موضع الخلاف**) ش: قال الأكمل : **أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت** القسمة من الإمام بدون الاجتهاد هل ثبت الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا ، فعنده يثبت ، وعندنا لا يثبت ، وقال الأترازي : **قوله ثم قيل موضع** الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب .

قال بعض المشائخ : المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة كامتياز الملك عن ملك الغير أو مبادلة الملك بملكه على وجه يظهر أثره في حق الوطء ونفاذًا كالبيع والهبة وغير ذلك ، وقال بعضهم : المراد منه الكراهة بدونه ، أي بدون الملك ، انتهى .

قلت : تفسير الأكمل يشعر بأن مضي قوله ثم قيل موضع الخلاف أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ، وتفسير الأترازي يشعر بأن المراد من موضع الخلاف اختلاف المشائخ للنظر عن خلاف الشافعي ، والذي قاله الأكمل أوجه على ما لا يخفى لأنه لا خلاف بيننا وبينه فيما إذا فسد الإمام عن اجتهاد أنه يجوز .

والخلاف فيما إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد كما صرح به المصنف بقوله م: (**ترتب الأحكام على القسمة**) ش: ارتفاع ترتب الأحكام على أنه خبر لقوله مع منع الخلاف ، وأراد بالأحكام أحكام الملك ، وهي سائر الانتفاعات بالملك م: (**إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد**) ش: قيد به لأنه إذا قسمها عن اجتهاد ، جاز بالاتفاق ، وإنما قيد بهذا ليظهر موضع الخلاف .

م: (**لأن حكم الملك لا يثبت بدونه**) ش: أي بدون الملك ، معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة وقصده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد ، فيلزم منه ثبوت الملك ، وعندنا ليست بمترتبة ، فدل على أن الملك لم يكن ثابتًا.

وهذا لأن الملك عليه لترتب الأحكام ، وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول ، وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم منه عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول .

م: (**وقيل الكراهة**) ش: أي قيل حكم قسم الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز ، لما أن القسمة من قطع شركة المراد فنقل بها عقبهم في اللحوق بالجيش ، ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكون العدو على بعضهم ، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة ، فلا يمنع جوازها .

وهي كراهة تنزيه عند محمد -رحمه الله- فإنه قال على قول أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- لا يجوز القسمة في دار الحرب . وعند محمد - رحمه الله- الأفضل أن يقسم في دار الإسلام . وجه الكراهة أن دليل البطلان راجح ، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز ، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة . قال : والردء والمقاتل في العسكر سواء ؛

ثم أشار المصنف إلى الخلاف في الكراهة ، هل هي كراهة تنزيه أو كراهة تحريم ، فقال : م: (**وهي كراهة تنزيه عند محمد- رحمه الله - ، فإنه قال**) ش: فإن محمداً قال في «السير الكبير» م: (**على قول أبي حنيفة -رحمه الله - وأبي يوسف -رحمه الله - لا يجوز القسمة في دار الحرب ، وعند محمد- رحمه الله - الأفضل أن يقسم في دار الإسلام**) ش: وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور ، فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا .

وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف ، وأيضًا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة .

وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ، المخلص عنه إنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب ، فقال بعض المشايخ : المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة ، وقال بعضهم : المراد به الكراهة ، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين فافهم .

م: (**وجه الكراهة أن دليل البطلان**) ش: أي دليل بطلان القسمة م: (**راجح**) ش: على دليل جوازها لعدم تمام الاستيلاء م: (**إلا أنه**) ش: أي أنه دليل البطلان م: (**تقاعد عن سلب الجواز**) ش: إذ القسمة تجوز بالإجماع ، أما عنده فظاهر ، وأما عندنا إذا كانت عن اجتهاد ، نظيره قوله -عليه السلام- : «الهرة سبع »، فإنه لما تقاعد عن سلب الطهارة قلنا بعدم الكراهة ، وقوله- عليه السلام- : « الهرة ليست نجسة» قلنا بالكراهة ثمة .

كذا هنا م: (**فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة**) ش: ، لأنه لما ثبت نفي الجواز بالاتفاق يثبت الكراهة -بمذكر هنا- فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة نفي الكراهة ، لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلا حصل من معارضة الراجح والمرجوح احتاج القراءة إلى الانتفاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب لتتحقق الحاجة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والردء**) ش: بكسر الراء وسكون الدال المهملة ، وفي آخره همزة وهو العون رداه أعانه ، والراء بالفتح مصدر ، والردء مرفوع بالابتداء، وقوله م: (**والمقاتل**) ش: عطف عليه ، وقوله م: (**في العسكر**) ش: ظرف الاثنين ، وقوله م: (**سواء**) ش:

لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الواقعة على ما عرف ، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو لغيره لما ذكرنا ، وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها ، خلافاً للشافعي -رحمه الله- بعد انقضاء القتال ، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل . وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز ، أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه الغنائم فيها . لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد . قال : ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا .

بالرفع خبر المبتدأ ، والقياس أن يقال سواءان ، ولكن جاء في الاستعمال بالإفراد أيضًا .

قال الجوهري : وهما في هذا الأمر سواء ، وإن شئت سواءان وهم سواء للجميع هم أسواء هم سواسية ، أي أشباه مثل ثمانية قياسها م: (**لاستوائهم في السبب**) ش: أي سبب الاستحقاق م: (**وهو المجاوزة**) ش: أي مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا م: (**أو بشهود الواقعة**) ش: عند الشافعي ، والواقعة صدمة الحرب ، كذا في مجمل اللغة ، م: (**على ما عرف**) ش: أي في طريق الخلاف .

م: (**وكذلك**) ش: أي وكذلك مستوٍ مع المقاتل في الحرب م: (**إذا لم يقاتل**) ش: أحد منهم م :(**لمرض**) ش: أي لأجل كونه مريضًا م: (**أو لغيره**) ش: أي أو غير المريض بأن بعثه الإمام إلى حاجة ولم يحضر الواقعة م: (**لما ذكرنا**) ش: من الاستواء في السبب .

م: (**وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها**) ش: أي شارك المدد العسكر في الغنيمة ، وإنما أسند الفعل إلى ضمير الجماعة لأن المدد يقع على الجماعة م: (**خلافًا للشافعي -رحمه الله - بعد انقضاء القتال**) ش: ، فعنده إذا لحقوا بعد مضي الحرب وجمع الغنائم لم يشركوهم ، وإذا لحقوا بعد مضي الحرب ، وقبل إحراز الغنائم ففيه قولان .

م: (**وهو**) ش: أي المذكور من الخلاف م: (**بناء على ما مهدنا من الأصل**) ش: أن سبب ملك الغانمين تمام القهر ، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده بتمام الانهزام .

م: (**وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز**) ش: بدار الإسلام م :(**أو بقسمة الإمام في دار الحرب**) ش: قبل إلحاق المدد م: (**أو ببيعه الغنائم فيها**) ش: أي أو بيع الإمام الغنيمة في دار الحرب قبل إلحاق المدد م: (**لأن بكل واحد منها**) ش: أي ملك واحد من هذه الأشياء الثلاثة م: (**يتم الملك**) ش: أي ملك الغزاة م: (**فينقطع حق شركة المدد**) ش: فلا يستحقون شيئًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا**) ش: أي ولا رضخ ، وبه صرح في «المبسوط» ، فإذا قاتلوا استحقوا السهم ، وبه قال مالك وأحمد

وقال الشافعي -رحمه الله- في أحد قوليه : يسهم لهم لقوله عليه السلام : الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد . ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال ، وما رواه موقوف على عمر -رضي الله عنه- ، وتأويله أن يشهدها على قصد القتال

والشافعي في قول ، وقال أشهب المالكي : لا يستحق أحد منهم شيئًا ، وإن قاتل لعدم قصده الجهاد .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - في أحد قوليه: يسهم لهم لقوله -عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**الغنيمة لمن شهد الوقعة**) ش: الصحيح أن هذا ليس بحديث مرفوع ، وإنما هو موقوف على عمر - رضي الله عنه - رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مطولا ، حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر - رضي الله عنه - . . . الحديث .

وفيه كتب عمر - رضي الله عنه - إن الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ورواه الطبراني في «معجمه» والبيهقي في« سننه» وقال : هو صحيح من قول عمر[1] - رضي الله عنه - م: (**ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد**) ش: أي سواد العسكر .

م: (**ولنا أنه لم توجد المجاوزة**) ش: أي عن الدرب م: (**على قصد القتال**) ش: لأن قصدهم التجارة لا إعزاز الدين ولا إرهاب العدو م: (**فانعدم السبب الظاهر**) ش: وهو مجاوزة الدرب بنية القتال كما هو مذهبنا أو شهود الواقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي ، وإذا كان كذلك م: (**فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق**) ش: أي يفيد القتال استحقاق السهم م : (**على حسب حاله**) ش: أي حال السوق حالة كونه م: (**فارسًا أو راجلا عند القتال**) ش: إن قاتل فارسًا فله سهم الفرسان ، وإن قاتل راجلاً فله سهم الرجالة .

م: (**وما رواه**) ش: أي الشافعي م: (**موقوف على عمر - رضي الله عنه -**) ش: وقد ذكرناه، فإذا كان موقوفًا عليه يكون كلام الصحابي وقول الصحابي ليس بحجة عنده، فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا .

م: (**وتأويله**) ش: أي وتأويل هذا الذي احتج به الشافعي إن صح م: (**أن يشهدها على قصد القتال**) ش: أي لم يشهد الوقعة على نية القتال .

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح . مجمع الزوائد (٥/ ٣٤٠) .

فإن لم يكن للإمام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها . قال العبد الضعيف : هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم ، وهو رواية « السير الكبير» ، والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل على الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم ، وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة ، لأنه مال المسلمين ، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير ، لأنه ابتداء إجارة ، وصار كما إذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه

م: (**فإن لم يكن للإمام حمولة**) ش: بفتح الحاء يحمل عليها من بعير أو فرس أو بغل أو حمار م: (**يحمل عليها**) ش: أي على حمولة م: (**الغنائم**) ش: جمع غنيمة م: (**قسمها**) ش: أي الغنائم م : (**بين الغانمين قسمة إيداع**) ش: أي على وجه الوديعة لا قسمة تمليك م: (**ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم**) ش: أي من الغانمين م: (**فيقسمها**) ش: بينهم بعد ذلك .

م: (**قال العبد الضعيف**) ش: أي المصنف -رحمه الله - : م: (**هكذا ذكر في المختصر**) ش: أي هكذا ذكر القدوري في مختصره حيث قال : وإن لم يكن للإمام حمولة . . . إلى آخر ما ذكرنا من كلام المصنف م: (**ولم يشترط**) ش: أي القدوري م: (**رضاهم**) ش: أي رضاء الغانمين بل ذكره مطلقًا م: (**وهو**) ش: أي القدوري ، ذكره مطلقًا م: (**رواية «السير الكبير »**) ش: حيث قال فيه : يكرههم على ذلك لكن إجارة .

وهي رواية القدوري في مختصره لأنه فيه دفع الضرر العام بالخاص ، ولأن منفعته عائدة إليهم فله أن يفعل ذلك لحقهم ، فصار كمأكول ، فصار إلى تأول طعام الغير حيث يتناولها بالغنيمة .

م: (**والجملة في هذا**) ش: أي جملة الكلام في هذا الموضع م: (**أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم**) ش: من نظر حمل مالهم على مالهم م : (**وكذا**) ش: أي حكم م :(**إذا كان في بيت المال فضل حمولة ، لأنه**) ش: أي لأن بيت المال م: (**مال المسلمين**) ش: فتحمل مالهم بمالهم .م: (**ولو كان**) ش: أي ما يحمل عليه م: (**للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية «السير الصغير »**) ش: لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال الغير إلا بطيبة من نفسه ، فيكون هذا خيرًا على الإجارة ابتداء وهو معنى قوله م: (**لأنه ابتداء إجارة**) ش: فلا يجوز قوله ابتداء إجارة احترازًا عن إجارة في حالة البقاء حيث تجوز الحرمة باتفاق الروايات ، كمن استأجر سفينة شهرًا فمضت المدة وسط البحر ، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك بأجر المثل ، ذكره في «المحيط» .

م: (**وصار كما إذا نفقت دابة**) ش: أي كما إذا هلكت دابة إنسان م: (**في مفازة ومع رفيقه**

فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص .ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب؛ لأنه لاملك قبلها ، وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله- وقد بينا الأصل . ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة . ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته ، لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده ، وقال الشافعي -رحمه الله- : من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه . قال: ولا بأس بأن يعلف

فضل حمولة) ش: حيث لا يجبر على الحمل بأجر المثل بلا رضاه ، فكذا هذا ، م: (ويجبرهم) ش: أي الإمام م :(في رواية «السير الكبير» ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص) ش: أي لأن الإجبار على الإجارة دفع الضرر العام بتحصيل الضرر الخاص آلة السفينة في وسط البحر ، والدابة في وسط المفازة عند مضي مدة الإجارة أو مات صاحب الدابة أو السفينة ، فلأنه تبقى الإجارة والأجر من الغنيمة .

م: (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب ، لأنه لا ملك قبلها) ش: أي قبل القسمة ، ومع هذا إذا باع الإمام صح ، لأنه مجتهد فيه ، ذكره في شرح الطحاوي ، فعلم بهذا أن المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة لا نفي ترتب الأحكام ، والكراهة أيضًا فيما إذا باع لا لحاجة الغزاة .

وإذا باع لدفع حاجتهم فينبغي أن لا تكره ، لأن مال أهل الحرب مباح ، وبالضرورة يستباح المحظور ، فلأن يستباح المباح وللكراهة مع الإباحة م: (وفيه) ش: أي وفي بيع الغنائم قبل القسمة م: (خلافًا للشافعي - رحمه الله-) ش: فعنده يجوز ، لأن سبب الملك عند الاستيلاء م: (وقد بينا الأصل) ش: أن الملك للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا خلافا له .

م: (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ، ومن مات منهم بعد إخراجها) ش: أي بعد إخراج الغنيمة م: (إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته) ش: لورثة الذي مات من الغانمين م: (لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز) ش: بدار الإسلام م: (وإنما الملك) ش: يثبت م: (بعده) ش: أي بعد الإحراز بدار الإسلام .

م: (وقال الشافعي -رحمه الله - : من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده) ش: أي عند الشافعي -رحمه الله - م: (وقد بيناه) ش: أي في مسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب .

م: (قال : ولا بأس بأن يعلف) ش: يقال علف الدابة يعلف علفًا من باب ضرب يضرب إذا أطعمها العلف ، وقال ابن دريد : لا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف ، والعلف بفتح اللام

العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجدوه من الطعام . قال العبد الضعيف : أرسله ولم يقيد بالحاجة . وقده شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر : كلوها واعلفوها ولا تحملوها، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه ، وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة ، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه

كل ما أعلفه الدابة .

والعلف بسكون اللام مصدر كما ذكرناه ، وقوله م: (**العسكر**) ش: بالرفع فاعل يعلف المفعول محذوف وهو الدابة ، ولفظ يعلف يدل عليه ، لأن العلف يكون للدابة م: (**في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف**) ش: أي المصنف -رحمه الله - : م: (**أرسله**) ش: أي القدوري يعني أطلقه م: (**ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها**) ش: أي شرط الحاجة محمد - رحمه الله - م: (**في رواية**) ش: وهي رواية « السير الصغير » م: (**ولم يشترطها في الأخرى**) ش: أي في الرواية الأخرى وهي رواية «السير الكبير» ، واختارها الكرخي في مختصره وتبعه القدوري حيث أطلقها .

م: (**وجه الأولى**) ش: أي وجه الرواية الأولى ، وهي رواية « السير الصغير» م: (**أنه**) ش: أي أن ما وجدوه من العلف والطعام م :(**مشترك بين الغانمين ، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة، كما في الثياب والدواب**) ش: أي كما لا يباح الاستعمال في الثياب والدواب والسلاح إلا لحاجة .

م: (**وجه الأخرى**) ش: أي وجه الرواية الأخرى وهي رواية «السير الكبير» م: (**قوله -عليه السلام-**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**في طعام خيبر« كلوها واعلفوها ولا تحملوها»**) ش: ، هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناده عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ يوم خيبر : «**كلوا واعلفوا ولا تحملوا** » .

م: (**ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره**) ش: أي دابته .

قال في « الفائق » : الظهر الراحلة ، وقال في« المغرب» لفظ الظهر مستعار للدابة م: (**مدة مقامه فيها**) ش: أي في دار الحرب م: (**والميرة**) ش: أي الطعام م :(**منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة**) ش: أي للاحتياج .

م: (**بخلاف السلاح**) ش: حيث لا يستعمله م: (**لأنه**) ش: أي لأن الغازي م: (**يستصحبه**)

فانعدم دليل الحاجة ، وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه ، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت . قال: ويستعملوا الحطب . وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة ؛

ش: أي مستصحب السلاح م: (**فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه**) ش: أي وقد تمس م: (**الحاجة**) ش: إلى السلاح بأن سقط السيف من يده أو انكسر أو نهب أو نحو ذلك م: (**فيعتبر حقيقتها**) ش: أي حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة م: (**فيستعمله**) ش: أي فيستعمل السلاح م: (**ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه**) ش: أي عن السلاح م: (**والدابة مثل السلاح**) ش: أي يعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا إذا اعتبر فيها الركوب .

أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام ، حتي يجوز ذبح الإبل والبقر والغنم للأكل ، ذكره في «المحيط» و«الإيضاح» م: (**والطعام**) ش: أي المراد من الطعام المذكور فيما مضى من قوله ويأكلوا ما وجدوه من الطعام م :(**كالخبز واللحم وما يستعمل فيه**) ش: أي في الخبز م: (**كالسمن والزيت**) ش: .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويستعملوا الحطب**) ش: لتعذر نقله من دار الإسلام م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ القدوري م: (**الطيب**) ش: أي ويستعملوا الطيب .

وهذا ليس بصحيح ، لأن القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب م: (**ويدهنوا بالدهن**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري المراد به الدهن المأكول كالزيت ، لأنه لما صار مأكولا كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله ، وإذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به ، بل يرده إلى الغنيمة ، كذا ذكره القدوري في شرحه .

وفي «المحيط» : لو أصابوا سمسمًا أو زيتًا أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكرا أو بصلا أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ، ولا يجوز تناول شيء من الأدوية والطيب ودهن البنفسج ودهن الخيري لأن هذه الأدهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية .

بل يستعمله للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب ، فلا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثر ، لقوله- عليه السلام- : « **ردوا الخيط والمخيط** »، وقال فيه وما استهلكه في دار الحرب مما له قيمة أو ليس له قيمة فذلك هدر .

م: (**ويوقحوا به الدابة**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري ويوقحوا من التوقيح ، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفي ، أي رق من كثرة المشي ، وفي المجمل السفرقع الحافر ، أي أصلب .

لمساس الحاجة إلى جميع ذلك، ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح ، كل ذلك بلا قسمة ،وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه . ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتمولونه؛ لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ، وإنما هو إباحة

قال الأترازي : وهذا خطأ ، كذا في «المغرب» ونسخة الإمام حافظ الدين الكبير - رحمه الله - بخط يده بالراء من الترقيح ، وهو المنقول عن المصنف ، قال هكذا قرأناه على المشايخ ، قال في «الجمهرة» : رقح فلان عيشه ترقيحًا إذا أصلحه .

وقال الكاكي : قال شيخي العلامة صاحب النهاية : ولكن صححه شيخي مولانا حافظ الدين بالراء من الترقيح وهو الإصلاح ، وهو أصح لأنه أعم ، وقال الأترازي : رأيت في نسخة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة إحدى وأربعمائة بالواو كما قال صاحب المغرب لا بالراء. انتهى .

وكذا رأيت بخط شيخي العلاء أنه بالواو أولى م: (**لمساس الحاجة إلى جميع ذلك**) ش: أشار به إلى جميع ما ذكره من قوله والطعام كالخبز إلى هنا .

م: (**ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح**) ش: هذا لفظ القدوري معطوف على قوله بأن يعلق العسكر م: (**كل ذلك بلا قسمة**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري أي كل ما قلنا من علف الدابة وأكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن .

والقتال بسلاح الغنيمة قبل مسها م: (**وتأويله**) ش: أي تأويل قول القدوري ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح م: (**إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح**) ش: وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز م: (**وقد بيناه**) ش: إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه مستصحبه إلى آخره .

م: (**ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئًا**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري ، وأشار بذلك إلى ماذكره من قوله من علف الدواب ،وأخذ الطعام للأكل والحطب للاستعمال والدهن بلا ادهان والسلك للقتال م: (**ولا يتمولونه**) ش: هذا أيضًا قال القدوري من التمول وهو صيانة ذلك ، وادخاره إلى وقت الحاجة .

وقال الأترازي : ولا يمتولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قول أن يبيعه ، لأن ذلك عكس الغرض ، أي لا يبيعونه ولا يتمولونه ، فلو كان عطفًا على أن يبيعوا كان إثبات التمول لأن نفي النفي إثبات م: (**لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك**) ش: أي هنا م: (**على ما قدمناه**) ش: من قوله إنه لا ملك قبل الإحراز م: (**وإنما هو إباحة**) ش: أي الانتفاع بالأشياء المذكورة إباحة لهم للحاجة وقد زالت الحاجة فلا تبقى الإباحة.

وصار كالمباح له الطعام ، وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض ، لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة ، لأنه بدل عين كانت للجماعة ، وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لأن حق المدد محتمل ، وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ، ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين ، وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين ،

م: (وصار) ش: هذا م: (كالمباح له الطعام) ش: يعني كما إذا أباح طعامه بغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول .

م: (و قوله) ش: أي وقول القدوري : م: (ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك) ش: أي إلى البيع بشيء من هذه الأشياء ، لأنه في معنى التمول ، ولا حاجة لهم إلى ذلك م: (فإن باعه أحدهم) ش: أي فإن باع شيئًا من الأشياء التي لا يجوز بيعها أحدهم ، أي أحد الغانمين م: (رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كان للجماعة) ش: أي عوض عين مشتركة بين الغانمين .

م: (وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك) ش: أي لأجل اشتراك الغانمين فيهما م: (إلا أنه) ش: أي غير أن الشأن م: (يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى) ش: بأن يستباح .

م: (وهذا لأن حق المدد) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال كيف جازت القسمة وفيها قطع حق الغير ، وهو المدد لأن المدد إذا لحقهم بشوكتهم ؟ فأجاب بقوله وهذا أي جواز القسمة لأن حق المدد الذي يأتي م: (محتمل وحاجة هؤلاء) ش: أي العسكر الموجودين م: (متيقن بها) ش: أي بالحاجة م: (فكان) ش: أي المتيقن بها . م: (أولى بالرعاية) ش: لأنه لا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين م: (ولم يذكر) ش: أي محمد -رحمه الله - في كتاب السير م: (القسمة في السلاح) ش: إذا احتاجوا إليه م: (ولا فرق في الحقيقة) ش: بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة .

م: (فإنه) ش: أي فإن الثياب م: (إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين) ش: أي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب م: (إن احتاج الكل) ش: أي كل الغزاة م: (يقسم في الفصلين) ش: المذكورين .

بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لايقسم ، لأن الحاجة إليه في فضول الحوائج . قال: ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه ، لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وأولاده الصغار ، لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً ، وكل مال هو في يده ؛ لقوله عليه السلام: «من أسلم على مال فهو له» ،

م: (بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم ، لأن الحاجة إليه) ش: أي إلى السبي م: (في فضول الحوائج) ش: لا من أصولها ، وفي «المبسوط» : لا يقسم السبي وإن احتيج إليه قبل الإحراز ، لأنه لا يقع حاجة الأحياء ولا يبيعهم ، لأنه لا يملكهم قبل الإحراز ، فإن أطاعوا المشي يمشيهم ، لأن في الأركان إعزاز وهم أصل الصغار أي الذل .

فإن لم يطيقوه وليس معه فضل حمولة ولم تطب نفسه من معه فضل حمولة قبل الرجال وترك النساء والصبيان ، لأن النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان ، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل فيه روايتان .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أسلم منهم) ش: أي من الكفار ، هذا لفظ القدوري م: (معناه في دار الحرب) ش: هذا لفظ المصنف -رحمه الله - أي معنى قوله ومن أسلم منهم ، أي أسلم في دار الحرب إنما احتاج إلى هذا التأويل ليقع الاحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كان أولاده وأمواله كلها فيئًا م: (أحرز بإسلامه نفسه ، لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق) ش: احترز به عن الاسترقاق بقاء ، لأن الإسلام لا ينافيه .

وهذا لأن الرق جزاء الكفر الأصلي فإنهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيدًا لله -عز وجل- جازاهم الله -عز وجل- بأن يكونوا عبيد عبيده بخلاف الرق في حالة آليتها ، فإنه صار من الأمور الحكمية م: (وأولاده الصغار) ش: بالنصب عطف على قوله نفسه ، أي وأحرز أيضًا أولاده الصغار ، احترز به عن أولاده الكبار على ما يجيء .

م: (لأنهم مسلمون بإسلامه تبعًا) ش: أي بإسلام الأب بطريق التبعية له فصاروا أحرارًا م: (وكل مال) ش: بالنصب أي أحرز كل مال م: (هو في يده لقوله- عليه السلام-) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (من أسلم على مال فهو له) ش: هذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ياسين الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من أسلم على شيء فهو له »[1] ورواه ابن عدي في «الكامل» والبيهقي وأعله بياسين الزيات ، وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وابن معين ، ورواه البيهقي وقال إنما يروى عن ابن أبي مليكة ،

---

(١) قال الهيثمي : رواه أبو يعلى وفيه : ياسين بن معاذ الزيات وهو متروك ، مجمع الزوائد [٥/ ٣٣٥] ، وابن عدي في « الكامل» (٧/ ١٨٤) ، وانظر ترجمة ياسين الزيات في ضعفاء ابن الجوزي [٣٦٨٧] .

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه أو وديعة في يد مسلم أو ذمي ، لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده ، فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء ، وقال الشافعي - رحمه الله- : هو له لأنه في يده فصار كالمنقول . ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة . وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله- الآخر ، وفي قول عن محمد -رحمه الله- وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما ،

وعن عروة مرسلاً .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الذي أسلم م :(**سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين**) ش: أي الغالبين م: (**عليه**) ش: أي علي المال م: (**أو وديعة**) ش: بالرفع عطفًا على قوله هو في يدهم: (**في يد مسلم أو ذمي لأنه**) ش: أي لأن الوديعة ، ذكر الضمير باعتبار المودع م: (**في يد صحيحة**) ش: احترز به عن يد الغاصب .

م: (**محترمة**) ش: احترز به عن الحربي م: (**ويده**) ش: أي يد كل واحد من المسلم والذمي م: (**كيده**) ش: لأنهما عاملان له ونائبان في الحفظ ، فإن كانت وديعة عند حربي تصير فيئًا على رواية أبي حفص ، وعلى رواية أبي سليمان لا يكون فيئًا .

م: (**فإن ظهرنا على دار الحرب**) ش: أي فإن غلبنا على دار الحرب التي أسلم المذكور منها م: (**فعقاره فيء**) ش: هذا ذكروه في شرح «الجامع الصغير» ، ولم يذكروا فيه خلافًا بين أصحابنا ، و ليس في الأصل أيضًا ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبا الليث قال : في شرح «الجامع الصغير» ، قال أبو يوسف -رحمه الله - : في «الأمالي» لا يصير فيئًا ، وهو قول الشافعي -رحمه الله - ، وإليه أشار بقوله م: (**وقال الشافعي -رحمه الله - : هو له**) ش: أي العقار الذي أسلم ، وبه قال مالك وأحمد م: (**لأنه في يده**) ش: أي لأن العقار في يده م: (**فصار كالمنقول**) ش: حيث يكون له بلا خلاف .

م: (**ولنا أن العقار في يد أهل الدار**) ش: أي دار الحرب م: (**وسلطانها**) ش: أي وفي يد سلطانها م: (**إذ هو**) ش: أي العقار م: (**من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة**) ش: بخلاف المنقول .

م: (**وقيل هذا**) ش: أي قول القدوري فعقاره فيء م: (**قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - الآخر**) ش: أي القول الآخر ، وإنما ذكره بقوله قيل هذا لأن الظاهر عن أصحابنا لا اختلاف فيه م: (**وفي قول عن محمد -رحمه الله - وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول ، هو**) ش: أي العقار م: (**كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما**) ش:

وعند محمد -رحمه الله- يثبت وزوجته فيء ؛ لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام ، وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي-رحمه الله- .هو يقول : إنه مسلم تبعاً كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتمليك تبعاً لغيره ، بخلاف المنفصل لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار فيء ؛ لأنهم كفار حربيون ولا تبعية . ومن قاتل من عبيده فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده ليست بمحترمة ،

أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- .

م: **(وعند محمد -رحمه الله- يثبت)** ش: وفي شرح الطحاوي ما كان غير منقول في مثل الدار والعقار والزروع إذا كان غير محصور عندهما ، وعند محمد -رحمه الله- المنقول وغير المنقول سواء م: **(وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه)** ش: أي لا تتبع زوجها م: **(في الإسلام)** ش: فتكون فيئًا م: **(وكذا حملها)** ش: أي حمل المرأة م: **(فيء خلافًا للشافعي -رحمه الله- فإنه يقول)** ش: أي الشافعي م: **(إنه)** ش: أي إن الحمل م: **(مسلم تبعًا)** ش: أي لأبيه م: **(كالمنفصل)** ش: أي كالولد المنفصل .

م: **(ولنا أنه)** ش: أي أن الحمل م: **(جزؤها)** ش: أي جزء أمه م: **(فيرق برقها)** ش: أي برق أمه م: **(والمسلم محل للتمليك)** ش: تقديره مسلمًا لأنه مسلم تبعًا ، لكن المسلم محل للتمليك ، هذا جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - إنه مسلم ليكون ملكًا **(تبعًا لغيره)** كما إذا تزوج المسلم أمة الغير فيكون الولد رقيقًا بتبعية الأم وإن كان مسلمًا بإسلام أبيه .

م: **(بخلاف المنفصل)** ش: جواب عن قوله كالمنفصل تقديره م: **(لأنه)** ش: أي لأن المنفصل م: **(حر لانعدام الجزئية عند ذلك)** ش: أي عند الانفصال م: **(وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية)** ش: لأبيهم .

م: **(ومن قاتل من عبيده)** ش: أي من عبيد الذمي الذي أسلم م: **(فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده)** ش: وصار تبعًا م: **(لأهل الدار)** ش: ،أي لأهل دار الحرب م: **(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبًا كان أو وديعة لأن يده)** .

ش: أي يد الحربي م: **(ليست بمحترمة)** ش: اعترض عليه بأن قام مقام غيره فإنما يعمل بوصف الأصل كالتراب مع الماء في التيمم ، ولما قام الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترمة نظرًا إلى نفسه لا نظرًا إلى الحربي .

وأجيب : بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي ، وقيام يد المالك عليها حكمي ، واعتبار الحكمي إن أوجب عصمتها ، فباعتبار الحكمي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة ، لأن المال في أصله

وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقال محمد -رحمه الله- : لا يكون فيئاً ، قال العبد الضعيف : كذا ذكر الخلاف في «السير الكبير» . وذكروا في شرح «الجامع الصغير» قول أبي يوسف مع قول محمد -رحمهما الله-

---

على صفة الإباحة .

وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية أن لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكمًا أو حكمًا مع الاحترام ، لأنه بدون الاحترام يتعارضها جهة الإباحة الأصلية ، فلا يثبت بالشك .

م: (**وما كان غصبًا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقال محمد -رحمه الله - : لا يكون فيئًا**) ش: ثم م :(**قال العبد الضعيف**) ش: أي المصنف -رحمه الله - م: (**كذا ذكر الخلاف في السير الكبير**) ش: يعني ذكر الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله - في ناحية ، وبين أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - في ناحية .

م: (**وذكروا في شرح «الجامع الصغير» قول أبي يوسف مع قول محمد -رحمهما الله-**) ش: حيث جعل الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - وبين محمد -رحمه الله - وجعل أبا حنيفة -رحمه الله - وأبا يوسف -رحمه الله - في ناحية ، وجعل محمداً- رحمه الله- في ناحية .

وقال الأترازي : وما كان غصبًا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقال محمد -رحمه الله - : لا يكون فيئًا ، وفي بعض نسخ «الهداية» وقالا : لا يكون فيئًا وليس ذلك بصحيح . انتهى .

فهو أراد أن الصحيح ما ذكره أولا مصدرًا له أو هو كون الخلاف بين أبي حنيفة -رحمه الله- وبين محمد -رحمه الله - ولكن قول المصنف -رحمه الله - بعد هذا لهما ، وبعده له يدل على أن الصحيح قول فهو فيء عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وقالا : لا يكون فيئًا .

فإن قلت : يحتمل أن يكون قوله لهما أي لأبي حنيفة-رحمه الله - وأبي يوسف -رحمه الله - بقرينة ذكره بقوله ، وذكر في شرح قول أبي يوسف -رحمه الله- .

قلت : قال الأكمل في قوله : وله أنه مال ، أي ولأبي حنيفة -رحمه الله - فدل على أن المراد من قوله لهما أي لأبي يوسف -رحمه الله - ومحمد -رحمه الله - فدل هذا كله أن الذي مال إليه المصنف -رحمه الله - هو الخلاف الذي بين أبي حنيفة -رحمه الله - وبين أبي يوسف -رحمه الله - ومحمد -رحمه الله - ودل أيضًا أن الذي قاله الأترازي وفي بعض نسخ «الهداية» ،

لهمـا أن المال تابع للنفس وقد صارت مـعصومـة بإسلامه فيـتبعـها ماله فيـها . وله أنه مال مـباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ، ألا ترى أنها ليست بمتقومة، إلا أنه محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً وإباحة التعرض يعارض شره ، وقـد اندفع بالإسلام ، بخلاف المال ، لأنه خلق عرضة للامتهان ، فكان محلاً للتملك ، وليست في يده حكماً فلم تثبت العصمة

وقالا : لا يكون فما تصحيح غير صحيح فتأمل وتدبر .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- م: (**أن المال تابع للنفس وقد صارت**) ش: أي نفسه م: (**معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها**) ش: أي يتبع ماله نفسه في العصمة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (**أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء**) ش: يعني الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم مال مباح لأنه ليس بمعصوم ، والمباح تمليك بالاستيلاء ، فكان فيئًا للغزاة م: (**والنفس لم تصر معصومة بالإسلام**) ش: جواب عن قولهما إن المال تابع النفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعه مالها فيها ، أي في العصمة .

وتقرير الجواب أنا لا نسلم أن النفس صارت معصومة بالإسلام ، وأوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أنها**) ش: أي أن النفس م: (**ليست بمتقومة**) ش: لأن العصمة المتقومة لا تثبت إلا بدار الإسلام ، ولهذا إذا قتله مسلم عمدًا أو خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا ، خلافًا للشافعي- رحمه الله- .

ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار إليه بقوله : م: (**إلا أنه محرم التعرض في الأصل**) ش: هذا في الحقيقة جواب عما يقال لو لم تكن معصومة لما كانت تحرم التعرض كالحربي وليس كذلك ، وتقدير الجواب أنه يحرم التعرض في الأصل يعني في نفس الأمر م: (**لكونه مكلفًا**) ش: أي لكون الآدمي مخلوقًا لتحمل أعباء التكليف . ولا يتمكن من إقامتها إلا بالبقاء ، ولا بقاء إلا بالعصمة وحرمة التعرض.

م: (**وإباحة التعرض**) ش: إنما هي م: (**يعارض شره ، وقد اندفع بالإسلام**) ش: **فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة** .

م: (**بخلاف المال ، لأنه خلق**) ش: في الأصل م: (**عرضة للامتهان**) ش: بأنواع الانتفاعات م: (**فكان محلا للتملك**) ش: فكان المقتضي موجودًا ، والمانع منتف ، لأن المانع كونه في يده حقيقة وحكمًا م: (**وليست في يده حكمًا**) ش: لأن يد الغاصب ليست بنائية عن يد المالك م: (**فلم تثبت العصمة**) ش: فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيئًا .

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها ، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ، ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام ، ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة ، معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعي -رحمه الله- مثل قولنا ، وعنه أنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص . ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص ، لأنه كان أحق به قبل الإحراز ، فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج ،

م: (**وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا**) ش: أي دوابهم م :(**من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لأن الضرورة قد ارتفعت ، والإباحة باعتبارها**) ش: أي باعتبار الضرورة م: (**ولأن الحق**) ش: أي حق المسلمين م: (**قد تأكد**) ش: .

وتقرر م: (**حتى يورث نصيبه**) ش: يعني إذا مات في هذه الحالة م: (**ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام**) ش: للضرورة .

م: (**ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة**) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره، وقال الخضر : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري رده إلى الغنيمة م: (**إذا لم تقسم**) ش: أي الغنيمة لأنها إذا قسمت لا ينافي الرد .

م: (**وعن الشافعي -رحمه الله - مثل قولنا ، وعنه أنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص**) ش: كما إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب بلا إذن الإمام بنية الغارة قالوا شيئًا فلا يكون ذلك مشتركًا بين الغانمين لأنه مباح سبقت يده إليه ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة .

م: (**ولنا أن الاختصاص**) ش: أي اختصاص العلف والطعام وخبر أن مخذوف تقديره أن الاختصاص حاصل أو كائن وقوله م: (**ضرورة الحاجة وقد زالت**) ش: أي الضرورة ، هكذا أفاد شيخي العلاء -رحمه الله - بخطه م: (**بخلاف المتلصص**) ش: يعني قياسه المتلصص غير صحيح لوجود الفارق م: (**لأنه**) ش: أي لأن المتلصص م: (**كان أحق به**) ش: أي بالذي أخذه م: (**قبل الإحراز**) ش: بدار الإسلام م :(**فكذا بعده**) ش: أي بعد الاحراز من سائر الغانمين .

م: (**وبعد القسمة**) ش: ابتداء مسألة مستقلة بذاتها ، أي بعد قسمة الإمام يعني إذا جاءوا بما فضل من علف أو طعام أخذوا من القسمة بعد قسمة الإمام الغنيمة في دار الإسلام م :(**تصدقوا به**) ش: أي بما فضل من ذلك بعينه إن كان قائمًا م: (**إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج**) ش: أي إن كانوا محتاجين .

كذا في «المغرب» ، يقال : حاج يحوج حوجًا ، أي احتاج ، والحائجة والحوجاء والحاجة حاجة بمعنى واحد وعلى هذه اللغة قيل حوائج في جمع حائجة .

لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه .

كذا نقل ابن دريد عن الأصمعي : والحاج جمع حاجة ولم يذكر ابن دريد المحاويج ، وكأنها جمع محوج اسم فاعل بإشباع الياء ، لأن أحوج يجيء لازمًا ومتعديًا ، يقال أحوج الرجل إذا احتاج وأحوجه إليه غيره .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الذي فضل بعد القسمة م: **(صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين)** ش: لأنهم تفرقوا فرقين م: **(وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته ، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل)** ش: أي الفقير يحل له التناول من قيمته ، لأن القيمة تقوم مقام الأصل م: **(فأخذ حكمه)** ش: أى أخذت القيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير القسمة على تأويل ما تقوم، أو على تأويل المذكور ، هكذا قال الأكمل .

قلت: هذا على تقدير أن يكون فأخذ فعلا ماضيًا . وقال الأترازي فأخذ حكمه ولأخذ حكم الأصل فهو جعله مصدراً مجروراً عطف على ما قبله ، وضبط شيخي رحمه الله في نسخته على ما قاله الأكمل - رحمه الله - .

* * *

فصل في كيفية القسمة

قال : ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها، لقوله تعالى : ﴿ فأن لله خمسه وللرسول﴾ (الأنفال: الآية٤١) ، استثنى الخمس ، ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لأنه عليه السلام قسمها بين الغانمين ، ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا:

م: **(فصل في كيفية القسمة)**

ش: أي هذا فصل في بيان كيفية قسمة الغنائم ، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين . وقال بعض أهل الحساب : القسمة تفريق أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر من الآحاد ، يعني تفريق المال المقسوم على حدة آحاد المقسوم عليه ، وهذا لا يتأتى إلا في الصحاح ، والصحيح أن يقال معرفة نصيب الواحد .

م: **(قال)** ش: أي القدوري: م: **(ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى: ﴿ فأن لله خمسه وللرسول ﴾ (الأنفال : الآية ٤١) استثنى الخمس)** ش: أي أخرجه ، استعارة الاستثناء للإخراج أجود ، معناه فيه فكان استثنى معنى لا لفظًا . وقال الكاكي ويحتمل أن يكون من استثنيت الشيء إذا زويته لنفسي من ثنى العود إذا اختار عطفه ، أي استثنى الله الخمس لنفسه بقوله : **﴿ فأن لله خمسه ﴾** وقال تاج الشريعة قوله : **﴿ فأن لله خمسه ﴾** استثني من حيث المعنى لإخراج الخمس مما غنموا أو لأن حكم المستثنى بخلاف حكم المستثنى منه ، وهنا كذلك ، لأن حكم الخمس أن يكون لغير الغانمين وحكم أربعة الأخماس أن يكون للغانمين فيكون مخالفًا.

م: **(ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لأنه عليه السلام)** ش: أي لأن النبي ﷺ م: **(قسمها بين الغانمين)** ش: أي قسم أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين ، وأخرجه الطبراني في« معجمه» عن ابن عباس - رضي الله عنهما- قال كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة ثم قرأ : **﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ﴾** . الآية (الأنفال : الآية ٤١) .

فجعل سهم الله وسهم الرسول واحداً ، ولذى القربى سهم ، ثم جعل هذين السهمين قوة في الخيل والسلاح ، وجعل سهم اليتامى وسهم المساكين وسهم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم [(١)] ، ثم جعل الأربعة أسهم الباقية للفرس سهمان ، وللراكبة سهم ، وللراجل سهم .

م: **(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** ش: **وبه قال زفر** م: **(وقالا)**

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه : نهشل بن سعيد وهو متروك . مجمع الزوائد [٥/ ٣٤٠] ، راجع ترجمة نهشل في ضعفاء ابن الجوزي [٣٥٥١].

للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي -رحمه الله- لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أسهم لـلفارس ثلاثة أسهـم وللراجل سهمـاً ، ولأن الاستـحقـاق بالغناء. وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل ، لأنه للكر والـفر والثبات والراجل للثبـات لا غير ، ولأبي حنيفة -رحـمه الله- ما روى ابن عباس-رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين ، والراجل سهماً ؛

ش: أي أبو يوسف -رحـمـه الله - ومـحـمـد -رحـمـه الله - م: (**للفـارس ثلاثة أسـهـم وهو قـول الشافعي- رحـمه الله -**) ش: ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم م : (**لما روى ابـن عمر- رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسـهـم وللراجل سهمًا**) ش: هذا الحديث رواه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنه - .

وفي لفظ عن أصحاب السنن عن ابن عمر - رضي الله عنه - أيضًا أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهمًا له وسهمان لفرسه(١) .

م: (**ولأن الاستحقاق بالغناء**) ش: أي بالكفاية ، وهو بالفتح والمد ، وهو بالغين المعجمة ، يقال أغنيت عنك ، يعني فلانًا ، ومعناه إذا أجزأت عنه وينيب منابه ، وكفيت كفايته م: (**وغناؤه**) ش: أي غناء الفارس ، أي كفايته م: (**على ثلاثة أمثال الراجل لأنه**) ش: أي لأن الفارس م: (**للكر**) ش: الكر بالتشديد الرجوع م: (**والفر**) ش: بفتح الفاء وتشديد الراء الفرار ، قال امرؤ القيس في قصيدته الشهيرة :

مكر مفـر مقبل مدبـر معًا   كجلمود صخر حطه السيل من عل

م: (**والثبات**) ش: أي للثبات في الحرب م: (**والراجل للثبات لا غير**)

ش: فإن قلت : الفرار غير محمود ، وكيف يوصف به الفارس .

قلت: الفرار في مـوضـعه ممدوح كـيلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعـالى : ﴿ **ولا تلقـوا بأيديكم إلى التهلكة** ﴾ (البقرة : الآية ١٣٥) .

م: (**ولأبي حنيـفة - رحـمه الله - مـا روى ابن عبـاس - رضي الله عنهمـا - أن النبي ﷺ أعطى الفـارس سـهـمين والراجل سـهـمًـا**) ش: هذا غـريـب من حـديث ابن عـبـاس ، وفي البـاب أحاديث : منها : ما رواه أبو داود في سننه عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الأنصاري . قال : سمعت أبا يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن محمد - رحمـه الله - مجمع بن حـارثة الأنصاري وكـان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن قال : شهـدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ . . . . إلى أن قال : فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول

---

(١) أبو داود في المغازي [٢٧٣٣] ، الترمذي في السير [١٦١١]، ابن ماجة في الجهاد [٢٨٥٤].

الله ﷺ على ثمانية عشر سهمًا فكان الجيش ألفًا وخمسمائة، فيهم ثلاثمائة فارس ، فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهمًا .

قال أبو داود : وهذا وهم إن كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين ، وأعطى صاحبه سهمًا [1] قال : وحديث ابن عمر- رضي الله عنهما - أنه -عليه السلام- أعطى الفارس ثلاثة أسهم أصح، والعمل عليه .

وقال ابن القطان في كتابه : وعلة هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع ، ولا يعرف . ومنها : ما رواه الطبراني بإسناده إلى مقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس له يقال له سبحة فأسهم له النبي ﷺ لفرسه سهم واحد وله سهم [2]، وفي إسناده محمد بن عمر الواقدي في تفسيره في سورة الأنفال عن عروة عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهمًا .

م: (فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله) ش: أي فتعارض فعل النبي ﷺ وهما في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - الذي احتج به المصنف - رحمه الله - لأبي يوسف - رحمه الله - ومحمد -رحمه الله - المذكور آنفًا ، وحديث ابن عباس المذكور لأبي حنيفة - رضي الله عنه -، وليت شعري ما هذه المعارضة ، حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - ليس له أصل كما ذكرنا عن هذا .

قال الأكمل : وطريقة الاستدلال لأبي حنيفة -رحمه الله - بحديث ابن عباس - رضي الله عنه - مخالفة لقواعد الأصول ، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا تعذر الترجيح والتوفيق يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله ، وهو قال فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله لأن القول أقوى .

م: (وقد قال -عليه السلام- : للفارس سهمان وللراجل سهم) ش: هذا لأجل بيان قوله فيرجع إلى قوله وهذا الحديث غريب جداً ، وقد أخطأ من عزاه إلى ابن أبي شيبة ولفظ هذا

---

(١) أبو داود في كتاب المغازي- باب فيمن أسهم له سهمًا [٢٧٣٦] وضعفه فضيلة الشيخ الألباني في « ضعيف سنن أبي داود» [٥٨٧] .

(٢) قال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه الواقدي وهو ضعيف مجمع الزوائد (٥/ ٣٤٢) .راجع ترجمة الواقدي في ضعفاء ابن الجوزي [٣١٣٧].

كيف وقد روي عن ابن عمر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل سهما، وإذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ، ولأن الكر والفر من جنس واحد ،

الحديث في حديث عمر الذي ذكره بعد هذا م: (**كيف وقد روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين**) ش: أي وكيف يحتج لأبي يوسف -رحمه الله -ومحمد - رحمه الله- بحديث ابن عمر - رضي الله عنه أن النبي -عليه السلام- أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهمًا .

والحال أنه قد روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أيضًا أن النبي- عليه السلام- قسم للفارس سهمين ، رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا أبو أسامة وابن نمير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن أبي وابن عمر- رضي الله عنهم- أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سهمين م: (**وللراجل سهمًا**) ش: ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الدارقطني [1] في «سننه» وقال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم عند ابن أبي شيبة .

لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا، وكذلك رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا المعنى يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم .

م: (**وإذا تعارضت روايتاه**) ش: أي روايتا ابن عمر م: (**ترجحت رواية غيره**) ش: قال الأترازي : إن سلمت رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها . وقال صاحب «النهاية»: قوله وإذا تعارضت روايتاه ، أي روايتا ابن عمر ، وهي روايتهما عنه على وفق مذهبهما ، ورواية أبي حنيفة -رحمه الله - أيضًا على وفق مذهبه .

قوله : ترجحت أي رواية غيره وهو ابن عباس - رضي الله عنهما- ثم قال ومعنى قوله ترجح، أي سلم رواية ابن عباس عن المعارضة فيعمل بها ، لأن للمرجع لابد من المرجح ، ورواية ابن عمر- رضي الله عنهما - بعد التحافظ بالتعارض لا تصلح مرجحة انتهى .

قلت: لا معارضة أصلاً في روايتي ابن عمر- رضي الله عنهما- ، لأن الصحيح هو للرواية التي فيها ثلاثة أسهم للفارس كيف تعارضها التي فيها سهمين وهى غير ثابتة على الصحة فيما ذكرنا ، وكيف يقول صاحب النهاية ومن تبعه من الشراح : إن رواية ابن عباس سلمت عن المعارضة فيعمل بها والحال أنه لم يصح كما ذكرنا ، وهذا كله من آفة التعليل ، وعدم رجوعهم إلى مدارك الأحاديث .

م: (**ولأن الكر والفر من جنس واحد**) ش: لأن الفر إنما يحل للكر لا لذاته ، لأنه غير

---

(١) الدارقطني في السير[٤/ ١٠٦].

فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان : النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه . ولا يسهم إلا لفرس واحد . وقال أبو يوسف-رحمه الله- : يسهم لفرسين لما روي أن النبي ﷺ أسهم لفرسين ، ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر .

مستحسن في نفسه ، وإنما المستحسن منه ما كان لأجل الكر ، فكانا نوعًا واحداً ، ولا يكون الفر نوعًا آخر م: (**فيكون غناؤه**) ش: أي غناء الفارس م: (**مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم**) ش: لأن سبب الغناء في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين ، وفي الراجل نفسه فيعطى سهمًا ، وفيه تأمل ، لأن الرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشأن م: (**تعذر اعتبار مقدار الزيادة**) ش: لأن مقدار الزيادة أمر خفي ، لأن الملك إنما يظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين ، وكل منهم مشكوك بشأنه في ذلك الوقت م: (**لتعذر معرفته**) ش: أي لتعذر معرفة مقدار الزيادة م: (**فيدار الحكم على سبب ظاهر**) ش: وهو مجرد كونه فارسًا وكونه راجلاً إليه أشار في الأسرار .م: (**وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه**) ش: أي استحقاق الفارس م: (**على ضعفه**) ش: أي على ضعف استحقاق الراجل فيعطى الفارس سهمين والراجل سهمًا م: (**ولا يسهم إلا لفرس واحد**) ش: هذا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف أحد.

وقال المصنف- رحمه الله- : م: (**وقال أبو يوسف -رحمه الله-: يسهم لفرسين**) ش: وقال في شرح الأقطع هذا الذي ذكره القدورى قول أبي حنيفة -رحمه الله-ومحمد -رحمه الله- وزفر-رحمه الله-والحسن -رحمه الله - وقال أبو يوسف -رحمه الله - : يسهم لفرسين، وبه قال أحمد ، وبقول أبي حنيفة -رحمه الله - قال الشافعي - رحمه الله - .

وفي شرح الطحاوي: ولا يسهم إلا لفرس واحد في ظاهر الرواية ،وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال : يسهم لفرسين م: (**لما روي أن النبي ﷺ أسهم لفرسين**) ش: هذا الحديث رواه الدارقطني في «سننه» : حدثنا إبراهيم بن حماد حدثنا علي بن حرب حدثني أبو حرب بن محمد ابن الحسن عن محمد بن صالح عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي عمر عن أبيه عن جده أبي عمر بشر بن عمرو بن محصن قال : أسهم رسول الله ﷺ لفرسي أربعة أسهم ولي سهمًا فأخذت خمسة أسهم(١) .

م: (**ولأن الواحد قد يعيا**) ش: أي ولأن الفرس الواحد قد يتعب م: (**فيحتاج**) ش: أى صاحبه م: (**إلى الآخر**) ش: أي إلى الفرس الآخر .

---

(١) الدارقطني في السنن - كتاب السير (٤/ ١٠٤).

ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد ، ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس ، وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه -سهمين وهو راجل

م: (**ولهما**) ش: أى ولأبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - وهو وجه الظاهر م: (**أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد**) ش: هذا الحديث غريب ، بل جاء عكسه كما ذكره ابن منذر في كتاب الصحابة في ترجمته فقال روى علي بن قرين عن محمد بن عمر المدين عن يعقوب بن محمد بن صفصعة عن عبد الرحمن بن أبي صفصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبي ﷺ فرسين وضرب- عليه السلام- له خمسة أسهم .

فإذا كان كذلك لا يصح الاستدلال لهما بالحديث الذي ذكره المصنف - رحمه الله - على ما لا يخفى ولهذا استدل الأترازى لهما بما روي أن النبي ﷺ قال : للفارس سهمان وللراجل سهم . وقال الأكمل : وحاصل الدليلين وقوع التعارض لغواً، يعني بين روايتي فعله -عليه السلام- والرجوع إلى ما بعدهما وهو القياس بقوله :

م: (**ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة**) ش: ولا يتحقق إلا على فرس واحد م: (**فلا يكون السبب الظاهر**) ش: وهو مجاورة الدرب م: (**مفضيًا إلى القتال عليهما**) ش: أي على الفرسين، فإذا كان كذلك م: (**فيسهم لواحد**) ش: أي لفرس واحد م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم تحقق القتال على فرسين ، وعدم كون السبب الظاهر مفضيًا إلى القتال على الفرسين م: (**لا يسهم لثلاثة أفراس**) ش: بالإجماع م: (**وما رواه**) ش: أي وما رواه أبو يوسف- رحمه الله- م: (**محمول على التنفيل**) ش: هذا استظهار في تقوية الدليل ، لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له ، انتهى .

قلت : قد ذكرنا أن ما تميز هناك معارضة ، فمن أين يأتي الاستظهار في قوة الدليل من تأمله يدري .

م: (**كما أعطى سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - سهمين وهو راجل**) ش: هذا الحديث أخرجه مسلم مطولاً في بيعة الحديبية عن إياس بن مسلمة عن أبيه سلمة بن الأكوع ، وفيه قال : قال رسول الله ﷺ : «**خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالتنا سلمة** »، ثم أعطى له سهمين سهمًا للفارس وسهمًا للراجل فجميعهما لي جميعًا ولكن على قوله محمول على التنفيل ما رواه ابن حبان في «صحيحه» .

وقال : كان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه رسول الله ﷺ سهمًا للراجل لما

والبراذين والعتاق سواء ؛ لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى : ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾(الأنفال : الآية٦٠) ،

يستحقه ، وإنما أعطاه سهم الفارس أيضًا من خمس خمسه -عليه السلام- دون أن يكون أعطاه من سهام المسلمين ، وقال أبو عبيد : قال عبد الرحمن ابن مهدي : أعطاه من سهمه الذي كان مباحًا به .

قوله رجالتنا بتشديد الجيم جمع راجل ، قال الجوهري الراجل خلاف الفارس ، والجمع رجل مثل صاحب وصحب ، ورجالة ورجال والرجلان أيضًا الراجل جمع رجلى ورجال مثل عجلى وعجلان . وقال الفتني : كان سلمة من الرماة المشهورين وروي أنه كان يعدو عدو الفرس .

م: (**والبراذين والعتاق سواء**) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراجلة ولا بغل ولم يذكره المصنف - رحمه الله - ، والبراذين جمع برذون وهو الكوذن وجمعه كواذن وهي خيل العجم .

قال في« المجمل »: برذون الرجل برذنته إذا أثقل ، واشتقاق البرذون منه . والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق جمع عتق ، أي كريم ، والعتاق كرام الخيل العربي . وقال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي : ويستوي الفرس العربي والنجيب ، والبرذون والهجين وغيرهما مما يقع عليه اسم الخيل . وأما من كان له جمل أو بغل أو حمار فهو والراجل سواء في شرح الأقطع ، ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين .

قلت: قال الأوزاعي : لا يسهم للبرذين ويسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد ، وقال أحمد : يسهم لما عدى العربي سهم واحد. وعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان ، في رواية مثل قول العامة ، وفي رواية مثل قول أحمد . وروى مكحول أن النبي ﷺ أعطى للعربي سهمين وللهجين سهمًا ولا يسهم لراجلة وللبغل بالاتفاق ، لأن الإرهاب لا يحصل بهم .

ومن غزى على بعير لا يسهم له عند العلماء ، عن أحمد يسهم له سهم فرس . وعنه إن عجز عن فرس وغزى عليه يسهم له سهم واحد والفرس ما يكون أبوه عربيًا وأمه من الكواذن .

والهجين ما يكون أبوه من الكواذن وأمه من العربي . وفي الجمهرة الهجين من الناس الذي أمه أمة .

م: (**لأن الإرهاب**) ش: المذكور في الآية التي نذكرها م: (**مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب، قال الله تعالى : ﴿ ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ﴾ (الأنفال : الآية ٦٠) ،**

واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقًا واحداً . ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً ، ففي كل احد منهما منفعة معتبرة فاستويا. ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحق سهم الفرسان . ومن دخل راجلا فاشترى فرساً استحق سهم راجل . وجواب الشافعي -رحمه الله- على عكسه في الفصلين ، وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة -رحمه الله- في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان .

واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقًا واحداً) ش: أراد أن لفظ الخيل بحسب اللغة إذا أطلق يشمل هذه الأنواع من غير فرق بينها ، ومضى الآن بغير الهجين والمقرف .

م: (**ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفًا**) ش: بفتح العين وكسرها ، أي انعطافًا ، يعني إذا أراد الانعطاف ينعطف من غير بطأ فيه . قال الكاكي : معنى الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجانب .

قلت : العطف من عطف الشيء أعطفه عطفًا إذا ثنيته ورددته عن جهته ، والعطف الناحية من الإنسان والدواب .

م: (**ففي كل واحد منهما**) ش: أي من العربي والبرذون م: (**منفعة معتبرة**) ش: وهى التي ذكرنا م: (**فاستويا**) ش: أى العربي والبرذون في الاستحقاق من الأسهم على الاختلاف .

م: (**ومن دخل دار الحرب فارسًا**) ش: أي حال كونه فارسًا م: (**فنفق فرسه**) ش: أى هلك م: (**استحق سهم الفرسان**) ش: إلا إذا باع فرسه أو وهبه وسلم أو أجره أو أعاره سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن له سهم فارس .

م: (**ومن دخل راجلا**) ش: أى حال كونه رجلا م: (**فاشترى فرسًا استحق سهم راجل**) ش: وكذا إذا وهب له أو روث أو استعار أو استأجر بعدما دخل راجلا وقاتل فارسًا فله سهم راجل ، وفي رواية الحسن له سهم فارس ، كذا في التحفة .

م: (**وجواب الشافعي -رحمه الله - على عكسه في الفصلين**) ش: يعني لا يعتبر عنده دخوله دار الحرب فارسًا ولا دخوله راجلاً ، والمعتبر عنده كونه فارسًا أو راجلاً عند شهود الوقعة ، ورواه عنه : عند تقضي الحرب وبعد تمام القتال بالأولى .

قال مالك وأحمد م: (**وهكذا**) ش: أي مثل جواب الشافعي - رحمه الله - م: (**روى ابن المبارك**) ش: وهو عبد الله بن المبارك الإمام المشهور المروزي م: (**عن أبي حنيفة -رحمه الله - في الفصل الثاني**) ش: يعني إذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسًا فقاتل فارسًا م: (**أنه يستحق سهم الفرسان**) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - أيضًا على رواية ابن المبارك عنه ، وليس ذلك

والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب . له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده ، والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت ، وتعليق الأحكام بالقتال يدل على مكان الوقوف عليه ، ولو تعذر أو تعسر يعلق

بظاهر الرواية عنه .

م: (**والحاصل**) ش: **أي من بيان هذا الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي - رحمه الله** - م: (**أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة**) ش: أي مجاوزة الدرب ، إلا أنه أطلق لشهرة المسألة عند الفقهاء والمتأخرين ، قال الخليل : الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مدخل الروم ودرب من ورد بها ، كذا في «المغرب» .

قال في «ديوان الأدب» : الدرب المضيق من مضائق من الدرب ، وكذلك ما أشبهه ، والمراد هنا فيه هو البرزخ الذي بين دار الحرب ودار الإسلام ، فإذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب ، وإذا جاوز الكافر دخل دار الإسلام .

م: (**وعنده**) ش: أي عند الشافعي - رحمه الله - المعتبر م: (**حال انقضاء الحرب . له**) ش: أي للشافعي - رحمه الله -م: (**أن السبب**) ش: أي سبب استحقاق الغنيمة م: (**هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده**) ش: أي عند القتال فارسًا أو راجلا م: (**والمجاوزة**) ش: أي مجاوزة حال الحرب .

وأراد به الرد لمذهبنا م: (**وسيلة إلى السبب**) ش: حاله أنه لا يعتبر المجاوزة لكونها سببًا يعيد إلى القتال م: (**كالخروج من البيت**) ش: يعني للقتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ، ولا اعتبار به في اعتبار حال الغاري من كونه فارسًا أو راجلا كذلك في هذه الوسيلة .

م: (**وتعليق الأحكام بالقتال**) ش: هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهة أصحابنا أن القتال أمر خفي لا يوقف عليه ، فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه وتقرير هذا الجواب بأن نقول لا نسلم أنه لا يوقف عليه ، وكيف لا يوقف عليه .

وتعليق الأحكام بالقتال كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذمي م: (**يدل على مكان الوقوف عليه**) ش: فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم .

م: (**ولو تعذر**) ش: هذا جواب بطريق التسليم بأن يقول الشافعي - رحمه الله - سلمنا أن الوقوف على القتال متعذر ومتعسر مثلما قلتم ، وهو معنى قوله ولو تعذر ، أي الوقوف على القتال بأن يكون في الليل أو في مطر أو نحو ذلك .

م: (**أو تعسر**) ش: بأن كان كل واحد مشغولاً بنفسه فحينئذ م: (**يعلق**) ش: أي الوقوف م:

بشهود الوقعة ، لأنه أقرب إلى القتال . ولنا أن المجاوزة نفسها قتال ؛لأنه يلحقهم الخوف بها ، والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين ، فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارساً كان أو راجلاً .

(**بشهود الوقعة**) ش: يعني أقيم شهود الوقعة مقام الوقوف م: (**لأنه**) ش: أي لأن شهود الوقعة م: (**أقرب إلى القتال**) ش: من المجاوزة فتعلق كونه فارسًا أو راجلا بشهود الوقعة وهي صورة الحرب .

م: (**ولنا أن المجاوزة**) ش: أى مجاوزة الدرب م: (**نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها**) ش: أي لأن الشأن أنه يلحق الكفار لخوف مجاوزة الدرب ، لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف ، وبمجاوزة العسكر الدرب يحصل لهم الخوف والرهبة ، فكان قتالاً م: (**والحال بعدها**) ش: أى بعد المجاوزة م: (**حالة الدوام**) ش: أي دوام القتال .

م: (**ولا معتبر بها**) ش: أى حالة الدوام بالإجماع ، و' ' يمكن تعلق الحكم بدوام القتال ، لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسًا دائمًا ، لأنه لا بد له أن ينزل في بعض المضائق خصوصًا في الشجرة أو في الحصن أو في البحر .

م: (**ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر**) ش: لأن الإمام لا يمكنه أن يراقبه بنفسه حال كل أحد أنه قاتل أو لم يقاتل ، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلاً يثق بقوله يخبره من قاتل ومن لم يقاتل ، لأن في إقامة العدل على كل واحد حرجًا عظيمًا ، ولا يعتبر إخبار كل واحد من الجند أيضًا أن صاحبه قاتل ، لأن منهم فيه بحر النقع .

م: (**وكذا**) ش: يتعسر الوقوف م: (**على شهود الوقعة ، لأنه حال التقاء الصفين**) ش: والاشتعال بالحرب فلم يلتفت إلى كونه سببًا قريبًا بهذا المعنى ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فتقام المجاوزة**) ش: أي مجاوزة الدرب م: (**مقامه**) ش: أي مقام القتال م: (**إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً**) ش: أي لأن قيام المجاوزة هو السبب الداعي إلى القتال بحسب الظاهر كما أقيم السفر مقام المشقة ، والنوم مقام الحدث ، والنكاح مقام الوطء في حرمة المصاهرة ، فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال لكي م: (**إذا كان**) ش: تجاوزه م: (**على قصد القتال**) ش: لأن هذا هو الأصل .

فإذا كان الأمر كذلك م: (**فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة**) ش: أي مجاوزة الدرب حال كونه م: (**فارسًا كان أو راجلاً**) ش: وها هنا سواء لأن الأول أن استحقاق الشيء بلا وجوده محال ، والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم ، فكيف يثبت الاستحقاق . السؤال الثاني أن

ولو دخل فارساً وقاتل راجـلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسـان بالاتفاق ، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمهما الله- يستحق سهم الفرسـان اعتـباراً للمـجاوزة ، وفي ظاهر الرواية يسـتحق سـهم الرجالة . لأن الإقـدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً . ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إن باع في حالة القـتال عند البعض . والأصح أنه يسقط . لأن بيعه يدل على أن غرضه الـتجارة فيه إلا أن ينـتظر غرته ، ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صـبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم

السبب إنما يقام مقام العلة إذا تصور من العلة وها هنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة ، لأن القتال بدون شهود الوقعة محال .

الجواب عن الأول : أنه ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة أو ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال ، المراد به كون الشخص أخص بالغنيمة من غيره .

والجواب عن الثاني : أن القتال لشهود الوقعة والتقاء الصفين عند المجاوزة متصور ، لأنه ليس بثابت ، وشرط إقامة الشيء مقام غيره أن لا يكون ذلك الغير ثابتًا في الحال ، لأنه إذا كان ثابتًا كيف يقام شيء آخر مقامه .

م: (**ولو دخل فارسًا وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق**) ش: أي باتفاق بيننا وبين الشافعي- رحمه الله - م: (**ولو دخل فارسًا ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمهما الله - يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة**) ش: أي عن الدرب م: (**وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة ، لأن الإقدام على هذه التصرفات**) ش: وهي البيع والهبة والإجارة والرهن م: (**يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسًا ولو باعه بعد الفراغ**) ش: أي بعد الفراغ من القتال م: (**لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا**) ش: أي وكذا لم يسقط سهم الفرسان م: (**إن باع في حالة القتال عند البعض**) ش: أي عند بعض مشايخنا ، لأن بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب له لتحصيله المال، لأن الروح فوق المال .

م: (**والأصح أنه يسقط ، لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته**) ش: أي غرة الفرس ، قال شيخي رحمه الله ، أي غرة فرسه ، وقال الأترازي : فيه نظر ، لأن الإنسان المقاتل في سبيل تلك الحالة لا يختار المال على روحه ، ولهذا قال الأصح قول البعض .

م: (**ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم**) ش: بالضاد والخاء المعجمتين ، من رضخ فلان لفلان من ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضخ م:

على حسب ما يرى الإمام ، لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ لهم .

(على حسب ما يرى الإمام ، لما روي أنه -عليه السلام -) ش: أي أن النبي ﷺ م: (كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ لهم) .

وقال الأترازي: وقد روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ، ويرضخ ، انتهى .

ولم يبين من خرج هذا الحديث ولم يبين حاله . وأخرج مسلم عن يزيد بن هرمز قال كتب بحجدة بن عامر القدوري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما ؟ فكتب إليه : أن ليس لهما شيء ؛ إلا أن يحذيا . وفي لفظ : فكتب إليه وسأله عن المرأة والعبد هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا البأس فإنهم لم يكن لهم سهم معلوم ، إلا أن يحذيا من غنائم القوم .

قوله : يحذيا ، أي يعطيا بالحاء المهملة والذال المعجمة ، وقد جاءت أحاديث مخالفة لهذا : منها : ما رواه أبو داود والنسائي عن رافع بن سلمة عن حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه أنها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر[1] . . . الحديث ، وفيه أسهم لنا كما أسهم للرجال . وذكر الخطابي أن الأوزاعي قال : يسهم لهن وأحسبه ذهب إلى هذا الحديث ، وإسناده ضعيف لا تقوم به الحجة ، وقال الترمذي : وقال الأوزاعي : وأسهم النبي ﷺ للصبيان بخيبر ، وأسهمت أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب[2] .

وقال الأوزاعي : وأسهم النبي ﷺ للنساء بخيبر وأخذ بذلك المسلمون بعده ، حدثنا بذلك علي بن حزم قال أبو عيسى بن يونس عن الأوزاعي بهذا .

ومنها ما رواه أبو داود مرسلا عن محمد بن عبد الله بن مهاجر الشعبي[3] ، والبيهقي عن خالد ابن معبد أن رسول الله ﷺ أسهم للنساء والصبيان والخيل . وأجاب الطحاوى عن مثل هذا وأمثاله أن النبي ﷺ أسهم للنساء والصبيان ، واستطاب أهل الغنيمة .

وأجاب غيره بقوله : يشبه أن يكون -عليه السلام- إنما أعطاهم من الخمس الذى هو حقه دون حقوق من شهد الوقعة .

---

(١) أبو داود في المغاذي [٢٧٢٩] .

(٢) الترمذي كتاب السير - باب من يعطى القود - عقب الحديث رقم [١٦١٤] .

(٣) راجع ترجمة محمد بن عبد الله بن مهاجر في ضعفاء ابن الجوزي [٣١٠٢] .

ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة ، يعني أنه لم يسهم لهم ، ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ، ولهذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً

م: (ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئًا من الغنيمة ، يعني أنه لم يسهم لهم) ش: هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي - رحمه الله - عن أبي يوسف - رحمه الله - عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعار رسول الله ﷺ يهود قينقاع فرضخ لهم(1) ، ثم قال تفرد به الحسن بن عمارة وهو متروك . ورروي حديث مخالف لهذا ، رواه الترمذي من حديث الزهري قال : أسهم النبي ﷺ لقوم من اليهود قاتلوا معه ، ورواه أبو داود في مراسيله ، وزاد في آخره : ها هنا ومثل سهمان المسلمين . وقال «صاحب التنقيح» مراسيل الزهري ضعيفة ، وكان يحيى القطان لا يرى إرسال الزهري وقتادة شيئًا يقول هي بمنزلة الريح .

واختلفوا هل يستعان بالكافر في القتال عند الحاجة فعندنا - واحد - يستعان لما ذكرنا وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول . وقال ابن المنذر وجماعة من أهل العلم : لا يستعان بالكافر لما روي أنه -عليه السلام-قال: « إنا لا نستعين بالمشركين على المشركين» ، ما ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

قال الكاكي : قلنا بل هو ثابت ذكره الثقات المشهورون ، وما رواه غير مشهور وليس بثابت فهو محمول على زجر قوم متعينين يريد إسلامهم ، انتهى .

قلت: الحديث الذي ذكره ابن المنذر رواه إسحاق بن راهويه في مسنده والواقدي في كتاب «المغازي» والكاكي رده من غير وجه ، ثم ادعى أن الذي ذكره عن الثقات المشهورين ولم يبين ذلك ، والخصم لا يرضى بهذا المقدار ، وها هنا بحث كثير ، ذكرناه في شرح للبخاري .

م: (ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهلها) ش: أي من أهل العبادة م: (والمرأة والصبي عاجزان عنه) ش: أي عن الجهاد م: (ولهذا) ش: أي ولأجل عجزهما عن الجهاد م: (لم يلحقهما) ش: أي المرأة والصبي م: (فرضه) ش: أي فرض الجهاد م: (والعبد لا يمكنه المولى) ش: أي من الجهاد م: (وله) ش: أي للمولى م: (منعه) ش: أي عن الجهاد ، ولأنه فرض كفاية، إلا إذا هجم العدو ، فليس له منعه حينئذ ، لأنه يصير فرض عين .

م: (إلا أنه) ش: أي غير أن الإمام م :(يرضخ) ش: أي يعطي م: (لهم تحريضًا) ش: شيئًا

---

(1) أخرجه البيهقي في سننه - باب الرضخ لمن يستعان به من أهل الذمة على قتال المشركين - [٩/ ٥٣] وقال : لم يبلغنا في هذا حديث صحيح، وراجع ترجمة الحسن بن عمارة في ضعفاء ابن الجوزي[٨٤٨] .

على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم ، والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى ، فصار كالتاجر، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى ، وتقوم على المرضى ؛ لأنها عاجزة عن حقيقة القتال ، فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد ، لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل ، لأن فيه منفعة للمسلمين ، إلا أنه يزاد له على السهم في

بحسب ما يراه ، وبه قالت الثلاثة . وعن أحمد في رواية يرضخ للكافر إن قاتل بإذن الإمام وبغير إذن الإمام ، أي لأجل تحريضهم م :(**على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم**) ش: أي رتبة المرأة والصبي والعبد إن لم ينه متبوعهم ، لأن العبد تبع للحر ، والصبي تبع للبائع والذمي أيضًا تبع للمسلم ، ولهذا لا يمكن أهل الذمة من نصب الراية لأنفسهم .

وقال مالك : يسهم للصبي المراهق إذا أطاق القتال ، لأنه من أهل الجهاد ، والرضخ من أين يكون؟ قال الشافعي في قول أحمد في رواية من الغنيمة ، وبه قال أصحابنا ، وقال في قول من أربعة الأخماس وبه قال أحمد في رواية . وقال في قول من خمس الخمس ، وقال مالك : الرضخ من الخمس .

م: (**والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه**) ش: أي إذا أبدل الكتابة ، فإذا كان كذلك م: (**فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل ، لأنه دخل**) ش: يعني مع العسكر في دار الحرب م: (**لخدمة المولى**) ش: أي لأجل خدمة مولاه م: (**فصار كالتاجر**) ش: يدخل للتجارة م: (**والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى**) ش: يعني إذا مرضتهم م :(**لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**عاجزة عن حقيقة القتال**) ش: قيد به لأنها غير عاجزة عن شبهة القتال وهي الأمان ، فإن أمانها يصح بلا خلاف م: (**فيقام هذا النوع**) ش: وهو مداواتها الجرحى وقيامها على المرضى م: (**من الإعانة مقام القتال**) ش: فإذا كان كذلك رضخ لها بلا قتال .

م: (**بخلاف العبد**) ش: يرتبط بقوله لأنها عاجزة م: (**لأنه قادر على حقيقة القتال**) ش: حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال ، بخلاف المرأة ، فإن خدمتها لمرضى العسكر يقوم مقام القتال وليس كذلك خدمة العبد مولاه .

م: (**والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق**) ش: الذي يمشي فيها العسكر م: (**ولم يقاتل**) ش: أي والحال أنه لم يقاتل م: (**لأن فيه**) ش: أي في قتاله أو في كونه دالاً على الطريق م: (**منفعة للمسلمين ، إلا أنه يزاد له على السهم**) ش: أي لا يزاد للذمي بالرضخ على السهم م :(**في**

الدلالة إذا كانت فيها منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل ، لأنه جهاد والأول ليس من عمله، فلا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد ، وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم . وقال الشافعي -رحمه الله - : لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين

الدلالة) ش: على الطريق م: (**إذا كانت فيها منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل**) ش: أي الذمي .

قوله السهم مرفوع كما في قولك بلغ بعطائك خمسمائة بالرفع ، ولا يجوز النصب . والحاصل أنه إذا قاتل لا يزاد على سهم الراجل إن كان راجلا ولا سهم الفارس إذا كان فارسًا م: (**لأنه جهاد**) ش: والذمي تبع للمسلمين فيه ، فلا يسوى بينه وبين المسلم.

م: (**والأول ليس من عمله**) ش: أي كونه دالاً على الطريق ليس من عمل الجهاد ، فكان كسائر الأعمال م: (**فلا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد**) ش: ولكن يعطى له من أجل دلالته زيادة على السهم ، أي قدر تعبه . ولما فرغ من بيان أحكام الأربعة الأخماس شرع في بيان حكم الخمس فقال م: (**وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل**) ش: هذا هو المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله- أنه يقسم على ثلاثة أصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل .

وقال الطحاوي في «مختصره» : وقد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يقسم في ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل م: (**يدخل فقراء ذوي القربى فيهم**) ش: أي في هذه الأصناف الثلاثة ، قال العلامة بدر الدين الكردري : معنى هذا القول : أي أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين ، وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل ؛ لما أن سبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل .

وفي «التحفة» : هذه الثلاثة الأصناف مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف واحد جاز كما في الصدقات م: (**ويقدمون**) ش: أي فقراء ذوي القربى يقدمون على الأصناف الثلاثة م: (**ولا يدفع إلى أغنيائهم**) ش: أي أغنياء ذوي القربى.

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله - لهم**) ش: أي لذوي القربى م: (**خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين**) ش: وعن الشافعي يقسم الخمس على خمسة أسهم ، سهم للنبي ﷺ في حياته وبعد وفاته يصرفه الإمام إلى مصالح الذين يرى؛ وبه قال أحمد. وعن الشافعي أنه يرد سهم النبي -عليه السلام- بعده على بقية الأصناف . وحكى ابن

ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم ؛ لقوله تعالى : ﴿ ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير . ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين - رضي الله عنهم - قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه ، وكفى بهم قدوة ، وقال -عليه السلام -: «يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس ، وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس»

المنذر قولاً ثالثًا أنه يكون للأئمة بعده ، أي الخليفة . وقال مالك : تفرقة الخمس إلى الإمام ، يفرقه فيما شاء ، وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا أب له .

م: (**ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم**) ش: من بني عبد شمس وبني نوفل . واعلم أن رسول الله ﷺ هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، وكان بنو عبد مناف خمسًا ؛ هاشم والمطلب ونوفلاً وعبد شمس وأبا عمر ، واسمه عبيد ولم يعقب ، وعثمان - رضي الله عنه - من بني عبد شمس لأنه عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، وجبير من بني نوفل فإنه جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل . وقال ابن إسحاق : عبد شمس وهاشم والمطلب أخوة لأم ، وأمهم عاتكة بنت مرة، وكان نوفل أخاهم لأبيهم .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير**) ش: فيشتركان .

م: (**ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين - رضي الله عنهم -**) ش: وهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم - م: (**قسموه**) ش: أي الخمس م: (**على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه**) ش: يعني به . قوله : أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم إلى آخره ، وروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح وابن عباس - رضي الله عنهما - : أن الخمس الذي كان يقسم على عهده -عليه السلام- على خمسة أسهم لله وللرسول سهم، ولذي القربى واليتامى سهم ، وللمساكين سهم، وابن السبيل سهم ، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم - ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل، انتهى . وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم- ولم ينكر عليهم ، فحل محل الإجماع م: (**وكفى بهم قدوة**) ش: أي كفى بالخلفاء الأربعة اقتداء .

م: (**وقال- عليه السلام-**) ش: أي قال النبي ﷺ : م: (**يا معشر بني هاشم: إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس**) ش: هذا الحديث غريب وقد تقدم في الزكاة.

وروى الطبراني في «معجمه» من حديث عكرمة عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنيه إلى رسول الله ﷺ فقال لهما - : انطلقا إلى ابن عمكما لعله يستعين بكما على الصدقات لعلكما تصيبان شيئًا فتتزوجان ، فلقيا عليًا - رضوان الله عليه- فقال : أين تأخذان ؟ فحدثاه ،

والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء ، والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة ، ألا ترى أنه - عليه السلام - علل فقال : إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه ،

فقال لهما : ارجعا ، فلما أمسيا أمرهما أن ينطلقا إلى نبي الله ﷺ فلما دفعا الباب استأذنا ، فقال رسول الله ﷺ لعائشة : « أرخي الستار عليك سجفك أدخل علي ابن عمي » ، فحدثا النبي ﷺ بحاجتهما ، فقال نبي الله ﷺ : « لا يحل لكما أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة أيدي الناس ، إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم »[1] .

م: (**والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض**) ش: أراد بالعوض خمس الخمس، وبالمعوض على صيغة اسم المفعول من التعويض الزكاة . تقريره أن العوض وهوالزكاة لا يجوز دفعها إلى الأغنياء ، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم ، لأن العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوض وإلا لا يكون عوضًا لذلك المعوض .

فإن قيل : هذا الحديث إما أن يكون ثابتًا صحيحًا أو لا فإن ، كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم ، وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة الحديث الثابت الصحيح وإن كان الثاني لا يصح الاستدلال به . أجيب : بأن لهذا الحديث دلالتين ، إحداهما إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة أسهم .

ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم ، وهو فعل الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - كما تقدم ، ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات منه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روي أن رسول الله ﷺ : صلى على حمزة- رضي الله عنه- سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول للحديث دلالتان ، إحداهما ثابتة وإن انتفت الأخرى .

م: (**وهم الفقراء**) ش: الضمير يرجع إلى كلمة من في قوله: من يثبت م: (**والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة**) ش: هذا جواب عما يقال : لو كان ما ذكرتم صحيحًا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي ﷺ ، وقد ثبت أنه أعطى بني هاشم وبني المطلب . وتقرير الجواب أن النبي ﷺ إنما أعطاهم للنصرة .

م: (**ألا ترى أنه- عليه السلام-**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**علل فقال إنهم لن يزالوا معي ، هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الكبير وفيه حسين بن قيس الملقب بحنش ، وفيه كلام كثير ، وقد وثقه أبو محصن . راجع ترجمة حسين بن قيس في ضعفاء ابن الجوزي [٩٠٧].

دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة . فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه . وسهم النبي ﷺ سقط بموته

عن ابن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم - رضي الله عنه - قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان قلنا يارسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك منهم إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا . وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ، فقال : « إنهم لم يفارقوني في الجاهلية والإسلام »، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه(1) .

م: (**دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة**) ش: وذكر أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أن أصحابنا اختلفوا في هذا فمنهم من قال إنهم كانوا يستحقون السهم بالمعنيين النصرة والقرابة جميعًا .

واستدلوا بالحديث المذكور . وأخبر - عليه السلام - أنهم استحقوا بالنصرة وبالقرابة جميعًا ، فما لم يجتمعا لم يستحق ، فمن جاء بعد ذلك من القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ إنما يستحقه بالفقر دون غيره ، ولا حق لأغنياء . من أصحابنا من قال : إن سهم ذوي القربى في الأصل لم يجب إلا للفقراء منهم ، ولم يكن مستحقًا باسم القرابة دون الفقر .

والدليل على ذلك أن النبي ﷺ أعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل وهما جميعًا في محل واحد من القرابة ، ولو كان مستحقًا بالقرب لاستحق الجميع لتساويهم فيه ، ومن الدليل عليه أيضًا أن الخلفاء الراشدين لم يعطوا سهم ذوي القربى لأغنياء منهم ، وإنما أعطوا الفقراء .

م: (**فأما ذكر الله تعالى في الخمس**) ش: في قوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه** ﴾ (الأنفال : الآية ٤١) م: (**فإنه لافتتاح الكلام تبركًا باسمه**) ش: روى أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - في شرح الآثار بإسناده إلى سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال : سألت الحسن بن محمد بن علي - رضي الله عنه - عن قول الله عز وجل ﴿**واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه** ﴾ قال : أما قوله فأن لله خمسه فهو مفتاح كلام : ولله الدنيا والآخرة .

م: (**وسهم النبي ﷺ سقط بموته**) ش: لأنه كان يستحق ذلك لكونه رسولاً فلما مات سقط ، لأنه لا رسول بعد وفاته ولم يكن استحقاقه ذلك لقيامه بأمور أمته ، ولهذ لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لأنفسهم .

---

(١) أبو داود في الخراج - باب في مواضع قسم الخمس [٢٩٨٠]، ابن ماجة في باب قسمة الخمس [٢٨٨١]، و النسائي [٣٨٥٦].

كما سقط الصفي ، لأنه ﷺ كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده ، والصفي شيء كان ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية .

وكانت له خصائص شرف الرسالة لم تكن للأئمة كحل التسع وحرمة نسائه بعده على المؤمنين وإباحة البضع بلا مال ، والعصمة عن الكذب م: (**كما سقط الصفي**) ش: بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء ، أي كما سقط الصفي بموته ، وكذا سقط خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**كان يستحقه**) ش: أي السهم م: (**برسالته**) ش: أي بسبب رسالته م: (**ولا رسول بعده**) ش: أي بعد موته ، ولهذا لا يستحقه الخلفاء ، ولأن الأنبياء- عليهم السلام- لا يورثون .

م: (**والصفي شيء كان النبي ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة**) ش: أي يختاره لنفسه م: (**مثل درع أو سيف أو جارية**) ش: وروى أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير أخبرنا سفيان عن مطرف عن الشعبي قال : كان النبي ﷺ يدعي الصفي إن شاء عبداً ، أو شاء أمة ، وإن شاء فرسًا يختاره قبل الخمس(١) ، هذا مرسل .

وأخرج أيضًا عن ابن عون - رحمه الله - قال : سألت محمد بن سيرين عن سهم النبي ﷺ والصفي قال : كان يضرب له سهم مع المسلمين وإن لم يشهد ، والصفي يؤخذ له [من] رأس الخمس ، قبل أي شيء ، وأخرج أيضًا عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : كانت صفية من الصفي(٢) ، ورواه الحاكم في «مستدركه» وقال : صحيح على شرط الشيخين - رحمهما الله - ولم يخرجاه .

وقال محمد - رحمه الله - : في السير الكبير بإسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : كان سيف النبي ﷺ الذي تنفل يوم بدر كان سيف العاص بن المنبه بن الحجاج يعني اتخذه لنفسه صفيًا . قال الأترازي - رحمه الله - : فهذا دليل على أنه لم يحمل من الجنة .

وذكر هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن أبيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله ﷺ ذا الفقار ، وكان للعاص بن منبه الحجاج السهمي فقتله علي بن أبي طالب - رضي الله عنه- يوم بدر وجاء بسيفه إلى النبي ﷺ فصار بعد - لعلي رضي الله عنه - أعطاه إياه النبي ﷺ . وله يقول القائل : لا سيف إلا ذو الفقار ولا فتى إلا علي . إلى هنا كلام الكلبي - رحمه الله - .

---

(١) أبو داود في كتاب الخراج - باب ما جاء في سهم الصفي [٢٩٩١] .

(٢) أبو داود في كتاب الخراج - باب ماجاء في سهم الصفي [٢٩٩٤] .

وقال الشافعي -رحمه الله- : يصرف سهم الرسول إلى الخليفة ، والحجة عليه ما قدمناه . وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا . قال : وبعده بالفقر ، قال العبد الضعيف : هذا الذي ذكره قول الكرخي -رحمه الله- ، وقال الطحاوي -رحمه الله- :سهم الفقير منهم

وما ذكر الزمخشري في « فائقه » : أن رسول الله ﷺ تنفله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم بخلافه ولا سيما أمر المغازي ، فإن الكلبي آية فيه . وقال الأكمل : واصطفى صفية من غنائم خيبر انتهى ، قلت : ذكر البخاري - رحمه الله - وغيره مسندًا إلى أنس ابن مالك - رضي الله عنه - قال : قدمنا خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن أخطب وقد قتل زوجها وكانت عروسًا فاصطفاها النبي ﷺ لنفسه . م: **(وقال الشافعي - رحمه الله - : يصرف سهم الرسول إلى الخليفة)** ش: هذا في رواية عنه وفي رواية : يصرف إلى مصالح المسلمين كسد الثغور ، وبه قال أحمد . وعن الشافعي - رحمه الله - أنه يرد سهم النبي ﷺ بعده على بقية الأصناف .

م: **(والحجة عليه)** ش: أي على الشافعي - رحمه الله - م: **(ما قدمناه)** ش: من أن الخلفاء الراشدين لم يرفعوا بعده هذا السهم لأنفسهم م :**(وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا)** ش: إشارة إلى قوله والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة إلى آخر ما قال .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وبعده بالفقر)** ش: أي وبعد النبي ﷺ مستحقون بالفقر ، فلا يعطى شيء لأغنيائهم م :**(قال العبد الضعيف)** ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: **(هذا الذي ذكره)** ش: أي القدوري أن استحقاقهم بالفقر م: **(قول الكرخي -رحمه الله -)** . **(وقال الطحاوي : - رحمه الله - سهم الفقير منهم ساقط أيضًا لما روينا من الإجماع)** ش: أشار به إلى قوله ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم م :**(ولأن فيه)** ش: أي في سهم ذوي القربي م: **(معنى الصدقة نظرًا إلى المصرف)** ش: لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير إذا لم يكن فقيرًا ، لا يجوز صرفه إليه بعد النبي ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة م: **(فيحرم)** ش: أي ذوي القربى م: **(كما يحرم العمالة)** ش: أي كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة بضم العين ، وهو ما يعطى على عمله .

م: **(وجه الأول)** ش: أراد قول الكرخي م: **(وقيل هو الأصح)** ش: إنما قال وقيل لأن في كون قول الكرخي - رحمه الله تعالى - صح اختلاف المشايخ م: **(ما روي)** ش: خبر لقوله وجه الأول ، وقوله : وقيل هو الأصح جملة معترضة بين المبتدأ والخبر [. . .] م: **(أن عمر - رضي الله عنه - أعطى الفقراء منهم)** ش: أي من ذوي القربى . روى أبو داود في «سننه» من حديث سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا

ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ، ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرم كما يحرم العمالة ، وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر -رضي الله عنه - أعطى الفقراء منهم ، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة . وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس ؛ لأن الغنيمة هي المأخوذة قهراً أو غلبة لا اختلاساً.

لبني نوفل من الخمس شيئًا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب ، قال وكان أبو بكر - رضي الله عنه - يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ ، غير أنه لم يعط قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم رسول الله ﷺ ، وكان عمر -رضي الله عنه - يعطيهم ومن كان بعده منه[1] .

م: (**والإجماع**) ش: أي إجماع الصحابة م: (**انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراؤهم**) ش: أي فقراء ذوي القربى م: (**فيدخلون في الأصناف الثلاثة**) ش: أي في اليتامى والمساكين وابن السبيل ، فقد تقدم هذا في أول البحث ، وكرر هنا لزيادة الإيضاح .

فإن قيل : إن كانت هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للأغنياء ، فإذن فلا فائدة في ذكر الفقراء في القرآن ، أجيب : بأنه إنما ذكرهم لأن أفهام بعض الناس تذهب إلى أن الفقير منهم لا يستحق لما أنه من قبيل الصدقة ، وقد قال- عليه السلام- : « **لا تحل الصدقة لمحمد ولا لآله**» ، فإذًا زال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر .

فإن قيل : ما الفائدة في ذكر اليتيم ؟ لأنه يدخل في المساكين ، أجيب : بأنه لدفع وهم من يتوهم أن اليتيم لا يستحق الخمس ، لأن الخمس عن الغنيمة ، والغنيمة بالجهاد تحصل واليتيم ليس بأهل للجهاد فأزال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم .

م: (**وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين**) ش: أي حال كونهم مغيرين من الإغارة ، قال الكاكي : إنما ذكر بلفظ الجمع نظرًا إلى قوله أخذوا فكان نظير قوله تعالى : ﴿**إن يكن غنيًا أو فقيرًا فالله أولى بهما**﴾ (النساء : الآية ١٣٥) ، فرد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه جميعًا في كلمة أو وإن كانت أو لأحد الشيئين م: (**بغير إذن الإمام ، فأخذوا شيئًا لم يخمس**) ش: وقال الشافعي ومالك : وأكثر أهل العلم يخمس ، لأنه مال حربي أخذتهن إن كان غنيمة فيخمس .

وأما ما ذكره المصنف - رحمه الله - بقوله م: (**لأن الغنيمة هي المأخوذة قهرًا أو غلبة**) ش: في بعض النسخ هو المأخوذ قهرًا ، أي من حيث القهر والغلبة م: (**لا اختلاسًا**) ش: أي ليست الغنيمة هي المأخوذة من حيث الاختلاس .

---

(١) أبو داود في كتاب الخراج - باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى [٢٩٧٩].

وسرقة والخمس وظيفتها . ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان ، والمشهور أنه يخمس ، لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة ، وإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام ، لأنه مأخوذ قهراً وغلبة ، فكان غنيمة ، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين ، بخلاف الواحد والاثنين ، لأنه لا يجب عليه نصرتهم .

م: **(وسرقة)** ش: أي من حيث السرقة م: **(والخمس وظيفتها)** ش: أي وظيفة الغنيمة والاختلاس والسرقة في دار الحرب كاكتساب مال مباح مثل الاصطياد والاحتطاب ، وإنما ذكر واحد واثنين ، وفي المنية والثلاثة في حكم الاثنين ، وفي كل يخمس وتوضع في بيت المال .

م: **(ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان ، والمشهور أنه يخمس ، لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد)** ش: بكسر الهمزة ، أي بالآية م: **(فصار كالمنعة)** ش: أي فصار الإمام كالمنعة لهم ، حيث أذن لهم ، والرواية الأخري وهي غير مشهورة ، لأنه لا يخمس وهي رواية البرامكة ، ذكرها الناطقي في الأجناس .

م: **(وإن دخلت)** ش: أي دار الحرب م: **(جماعة لها منعة فأخذوا شيئًا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام)** ش: هذا لفظ القدوري ولم ينص على قدر المنعة ، وأشار في البرامكة في كتاب الخراج لابن شجاع إلى التسعة .

وفي «المحيط» عن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بتسعة تقود التي لها منعة بعشرة م: **(لأنه مأخوذ قهرًا وغلبة ، فكان غنيمة)** ش: فيخمس م: **(ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم، إذ لو خذلهم)** ش: بالخاء والذال المعجمتين ، أي لو ترك عونهم ونصرتهم م :**(كان فيه)** ش: أي في خذلانهم ضعف المسلمين ، يقال خذلت الرجل أخذله خذلا وخذلانًا إذا ترك معونته م: **(وهن المسلمين)** ش: أي ضعفهم ، والوهن بسكون الهاء مصدر وهن يهن من باب ضرب يضرب ، وبالفتح مصدر من باب وهن يهن من باب علم يعلم .

م: **(بخلاف الواحد)** ش: إذا دخل دار الحرب م: **(والاثنين)** ش: أي بخلاف الاثنين إذا دخلا دار الحرب م: **(لأنه لا يجب عليه)** ش: أي على الإمام نصرة الواحد والاثنين م: **(نصرتهم)** .

***

فصل في التنفيل

قال: ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة القتال ويحرض به على القتال فيقول : من قتل قتيلاً فله سلبه ، ويقول للسرية : قد جعلت لكم الربع بعد الخمس ، معناه بعدما رفع الخمس ، لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى : ﴿يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال﴾ (الأنفال : الآية٦٥) ، وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر ،

م: (**فصل في التنفيل**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التنفيل ، وهو نوع من قسمة الغنيمة ، فكذلك ألحقه بها ، يقال: نفل الإمام الغازي إذا أعطاه زائدًا على سهمه بقوله : «**من قتل قتيلاً فله سلبه**» نفله نفلاً بالتخفيف ، ونفله تنفيلاً بالتشديد لغتان فصيحتان ، كذا قال ابن دريد، والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه أنفال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولابأس بأن ينفل الإمام في حالة القتال**) ش: وفي «المبسوط» : ويستحب للإمام أن ينفل قبل الإصابة ، فعلم من هذا ما قالوه أن لفظ لا بأس يستعمل فيما تركه أولى ليس بمجرى على عمومه، ولهذا قال في الكتاب : التحريض مندوب إليه، وإنما قيد بقوله في حال القتال ، لأن التنفيل إنما يصح عندنا إذا كان قبل الإصابة .

وعند الأوزاعي - رحمه الله - يصح بعد الإصابة في حق السلب للقاتل ، كذا ذكره في الأسرار م: (**ويحرض به**) ش: أي بالتنفيل م: (**على القتال فيقول**) ش: أي الإمام [. . . .] لتغير ما قبله م: (**من قتل قتيلاً فله سلبه**) ش: القتيل لا يقتل ، إنما أريد به من يقدر له القتل من الكفار باعتبار المال .

م: (**ويقول**) ش: أي الإمام م :(**للسرية**) ش: وهي جيش قليل يسيرون ، وقد مر الكلام فيه م: (**قد جعلت لكم الربع بعد الخمس**) ش: هذا كلام القدوري، وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**معناه**) ش: أي معنى قول القدوري -رحمه الله- م: (**بعدما رفع الخمس**) ش: يعني ربع ما أصبتم بعد رفع خمسه م: (**لأن التحريض مندوب إليه . قال الله تعالى : ﴿ يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ﴾ (الأنفال : الآية ٦٥) ، وهذا**) ش:أي التنفيل م: (**نوع تحريض**) ش: لأن المنفل له يجد في القتال لأجل ما يحصل له من الزيادة على سهمه المعين المقدر .

فإن قيل : قوله حرض أمر ومطلقه ينصرف إلى الوجوب .

أجيب : بأنه يعارضه دليل قسمة الغنائم ، فانصرف إلى الاستحباب .

م: (**ثم قد يكون التنفيل بما ذكر**) ش: أي بما ذكر القدوري - رحمه الله - ، وهو التنفيل بالربع

وقد يكون بغيره ، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز ، لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه ، ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام ، لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز . قال: إلا من الخمس ، لأنه لا حق للغانمين في الخمس .

بعد الخمس، أو التنفيل بالسلب م: **(وقد يكون بغيره)** ش: أي بغير ما ذكره ولا ينحصر بما ذكره، بل يجوز بغيره بأن يقول: جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلاً، أو يقول: ما أصبتم فلكم ، إلا أن الأولى أن لا يجعل بجميع المأخوذ، لأن فيه قطع الباقين من القراة ، ومع هذا لو فعل جاز لما فيه من المصلحة على ما يجيء .

وقال الأترازي - رحمه الله - : وقال بعض الشارحين : أراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وفيه نظر، لأنه دخل تحت ما ذكره في مختصر القدوري ، لأن السلب يشتمل ما في وسط القتيل من الذهب والفضة ، فكيف يكون غير ما ذكر المختصر .

قلت : أراد ببعض الشارحين صاحب «النهاية» ، فإنه قال : وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وتبعه الأكمل على ذلك . وليس هذا محل نظر، لأن الغالب في السلب هو ما يكون على القتيل من سلاحه وثيابه، وكون الذهب والفضة في وسطه نادر، ومع هذا لو صرح الإمام في التنفيل بالذهب والفضة يجوز، وقال صاحب الإيضاح : ويجوز التنفيل بسائر الأموال من الذهب والفضة وغير ذلك .

م: **(إلا أنه)** ش: أي غير أن الشأن م: **(لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه إبطال حق الكل)** ش: أي حق كل الغزاة م: **(فإن فعله مع السرية جاز)** ش: أي فإن فعل الإمام التنفيل مع سرية يبعثها جاز م: **(لأن التصرف إليه)** ش: أي للإمام م :**(وقد تكون المصلحة فيه)** ش: أي في تنفيله كذلك .

وذكر في «السير الكبير» : إذا قال الإمام لعسكره جميعًا ما أصبتم فلكم نفلاً بالسوية لا يجوز، لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل ، وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم ، ولم يقل بعد الخمس، لأن فيه إبطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وإبطال حق ضعفاء المسلمين ، وذلك لا يجوز.

م: **(ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام)** ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - **(لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز)** ش: أي بدار الإسلام .

فلا يجوز للإمام أن يقطع حق الغير م: **(قال : إلا من الخمس)** ش: أي قال القدوري : ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس . وقال المصنف : م: **(لأنه لا حق للغانمين في الخمس)** ش:

وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة ، والقاتل وغيره في ذلك سواء . وقال الشافعي -رحمه الله- : السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه السلام : « من قتل قتيلاً فله سلبه »، والظاهر أنه نصب الشرع ، لأنه بعث له ، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء

فلا يلزم قطع حقهم ، فيتصرف الإمام فيه على ما رأى من مصلحة في أموال المسلمين .

فإن قيل : إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة ، وذلك واجب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة .

فلم يكن ثمة إبطال حقهم ، إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف الثلاثة لما تقدم أنهم مصارف لا يستحقون ، لكن ينبغي أن يكون المنفل له فقيراً ، لأن الخمس حق المحتاجين لا حق الأغنياء ، فجعله للغني إبطال المحتاجين .

م: (**وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة ، والقاتل وغيره في ذلك سواء . وقال الشافعي- رحمه الله - : السلب للقاتل**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (**إذا كان من أهل أن يسهم له**) ش: أو من أهل أن يرضخ له عند أحمد . وعند الشافعي من أن يكون له الرضخ فله في سلبه قولان، في قول كقول أحمد -رحمه الله- وفي قول : لا سلب له م: (**وقد قتله مقبلاً**) ش: .

وقال الأترازي : قال الشافعي : إذا كان القاتل مقبلاً فالسلب للقاتل، انتهى. هذا مصرح أن مقبلاً حال من الضمير المرفوع في وقد قتله ، وهذا سهو منه فإنه حال من الضمير المنصوب فيه كما ذكرنا ، وقد كتب شيخي العلاء بيده مقبلاً حال من المفعول ، أي حال كون الكافر مقبلاً لا حال كونه مدبراً بالهزيمة .

وكذا قال تاج الشريعة في شرحه : قوله: مقبلاً حال من المفعول، لأن الشرط عنده، أي عند الشافعي كون القتيل مقبلاً، حتى لو قتل منهزماً أو نائماً أو مشغولاً بشيء لم يستحق السلب . قوله مقبلاً الواو فيه للحال، ومقبلاً حال أيضاً من الضمير المنصوب في قتله، احترز به عما إذا قتله مدبراً فإنه لا سلب له .

م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من قتل قتيلاً فله سلبه**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري - رضي الله عنه - م: (**والظاهر أنه**) ش: أي أن هذا الحديث م: (**نصب الشرع**) ش: كما في قوله عليه السلام : « **من بدل دينه فاقتلوه** » ، فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الإمام أو لم يشترط م: (**لأنه بعث له**) ش: أي لأن النبي ﷺ بعث لنصب الشرع .

م: (**ولأن القاتل مقبلاً**) ش: أي كافراً مقبلاً إليه م: (**أكثر غناء**) ش: أي كفاية في الجهاد م:

فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره . ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص . وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة : ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك ،

(**فيختص بسلبه إظهارًا للتفاوت بينه وبين غيره**) ش: أي بين قاتل الكافر المقبل وبين قاتل الكافر المدبر المعر ، وقد شرح الأترازي هذا الموضع بناء على قوله : إن مقبلاً حال من القاتل ، وقد ذكرنا أنه سهو منه ، والمبني أيضًا سهو .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن السلب م: (**مأخوذ بقوة الجيش غنيمة**) ش: على وجه القهر م: (**فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شيء** ﴾ . . . الآية .

م: (**وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك**)

ش: قال مخرج أحاديث «الهداية» : هكذا وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة ، وصوابه حبيب ابن مسلمة . قلت : هكذا هو في كتب أسماء الصحابة ، قال أبو عمرو -رحمه الله- ذكره في باب الحاء المهملة بفتح الحاء . وقال : حبيب بن مسلمة بن مالك الأكبر وهب بن ثعلبة بن واثلة ابن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر بن مالك القرشي الفهري ، يكنى أبا عبد الرحمن ، يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم وسلته منهم .

وولاه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - أعمال الجزيرة إذ عزل عنها عياض بن غنم، وضم إلى حبيب بن مسلمة أرمينية وأذربيجان ، بعثه إلى أذربيجان وسلمان بن أبي ربيعة أحدهما مدد الصحابة ، فتواعد بعضها بعضًا ومات بأرمينية سنة اثنتين وأربعين .

ثم حديثه الذي ذكره المصنف رواه الطبراني في «معجمه» الكبير والأوسط : حدثنا أحمد بن معلا الدمشقي والحسين بن إسحاق التستري وجعفر بن محمد الفريابي قالوا: حدثنا أحمد بن عمار أنا عمرو بن واقد أنا موسى بن سيار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال: نزلنا دابقًا وعلينا أبو عبيدة بن الجراح -رضي الله عنه- فبلغ حبيب بن مسلمة أن نبيه صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله فجاء بما معه . فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة : لا تحرمني رزقًا رزقنيه الله تعالى ، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل فقال معاذ: يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه**»[1] انتهى . وفي إسناده عمرو بن واقد الدمشقي البصري مولى قريش . قال

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني في « الكبير والأوسط » وفيه عمرو بن واقد وهو متروك . مجمع الزوائد [٥/ ٣٣١] ، «بغية الألمعي » قلت: وفي مجمع الزوائد : «إن ابن صاحب قبرص ، وفي الدراية «نبيه القرطي» والصواب «القبرصي» . راجع ترجمة عمر بن واقد في ضعفاء ابن الجوزي [٣٥٩٨].

البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك .

ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال : كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري أن نبيه صاحب قبرص خرج بتجارته متجهًا بها إلى طريق أرمينية فخرج عليه حبيب بن مسلمة فقاتله فجاء بسلبه يحمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزمرد والزبرجد .

فأراد حبيب أن يأخذه كله ، وأبو عبيدة -رضي الله عنه- يقول بعضه ، فقال حبيب لأبي عبيدة : قد قال رسول الله ﷺ : « من قتل قتيلاً فله سلبه » فقال أبو عبيدة : لم يكن ذلك أبدًا ، وسمع معاذ بن جبل -رضي الله عنه- بذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه ، فقال معاذ لحبيب : ألا تتقى الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك ، فإنما لك ما طابت نفس إمامك .

وحدثهم معاذ عن النبي ﷺ فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس ، فباعه حبيب بألف دينار ، وذكره البيهقي في المعرفة بهذا الإسناد ، ثم قال : وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه ، وراويه عن مكحول مجهول ، وهذا الإسناد لا يحتج به ، انتهى .

وفي هذا الموضع نظر [. . . .] ثلاثة منها ترجع إلى كلام المصنف :

الأول : أنه ذكر حبيب بن أبي سلمة وليس في الصحابة إلا حبيب بن مسلمة كما ذكرنا .

والثاني : أن الحديث الذي احتج به لأصحابنا ضعيف كما ذكرنا .

والثالث : أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعه من النبي ﷺ وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبي ﷺ ورد على حبيب حين أراد أن يسند بالسلب الذي أخذه كما ذكرنا .

والنظر الرابع : يرجع إلى الشراح فإنهم كلهم تنكثوا عن التحرير في هذا الموضع ورضوا بما شرحوا فيه بما لا يرضى به من له أدني إلمام بالتصرف في الحديث ، وجعلوا هذا حجة على الشافعي ، وكيف يكون حجة وفيه ما ذكرناه .

واستدل الأترازي هنا لأصحابنا فقال : وروي في السنن وشرح الآثار مسندًا إلى عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ : « **من فعل كذا فله كذا** » فذهبت شبان الرجال وحبست الشيوخ تحت الرايات ، فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم ، فقالت الشيوخ : لا تستأثروا علينا ، فإنا كنا تحت الرايات ، ولو انهزمتم كنا ردأ لكم ، فأنزل الله عز وجل : ﴿ **يسألونك عن الأنفال** ﴾ فقرأ حتى بلغ : ﴿**كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقًا من المؤمنين لكارهون**﴾ أطيعوني في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري حيث خرجتم وأنتم

وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل، فنحمله على الثاني لما رويناه، وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه، والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه، وكذا ما على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه،

كارهون، فقسم بينهم بالسواء، ففي هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل، لأنه لو كان له لأعطاه النبي عليه السلام خاصة دون غيره انتهى.

واعترض عليه البيهقي بأن لا حجة لهم فيه، فإن غنيمة بدر كانت للنبي ﷺ بنص الكتاب، فيعطي منها ما شاء. وقد قسم لجماعة لم يشهدوا ثم نزلت الآية في الغنيمة بعد بدر، فقضى عليه السلام بالسلب للقاتل، واستقر الأمر على ذلك انتهى.

قلنا: حاصل هذا الكلام أن قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» على وجه التنفيل، وكذلك قال أبو عبيدة لم يقل ذلك للأبد ولا سيما إذا كان السلب كثيرًا، ألا ترى إلى ما رواه الطبراني في «معجمه» عن الشعبي أن جرير بن عبد الله البجلي بارز مهران فقتله فقومت منطقته بثلاثين ألفًا، فكتبوا إلى عمر -رضي الله عنه- فقال عمر: ليس هذا من السلب الذي يخمس، ولم ينفله وجعله مغنمًا.

م: (وما رواه) ش: أي الشافعي م: (يحتمل نصب الشرع، ويحتمل التنفيل، فنحمله على الثاني) ش: أي لحمل الحديث الذي رواه الشافعي م: (لما رويناه) ش: أي حديث حبيب وهو قوله عليه السلام: «ليس لك من سلب القتيل إلا ما طابت به نفس إمامك» دفعًا للتعارض م: (وزيادة الغناء) ش: جواب عن قوله: لأن القاتل مقبلاً أكثر غناء، وهو أن زيادة الغناء في واحد م: (لا يعتبر في جنس واحد) ش: وهو الكر والفر م: (كما ذكرناه) ش: إشارة إلى ما ذكره في فصل كيفية القسمة، ولأن الكر والفر من جنس واحد، وإلى قوله: تعذر اعتبار مقدار الزيادة، لأنه كم من واحد من الفرسان أو الرجال مثل الألف في الغناء، ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم، لأنه من جنس واحد.

م: (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه) ش: بالرفع عطفًا على قوله ما على المقتول، أي السلب أيضًا مركبه م: (وكذا) ش: أي وكذا السلب م: (ما على مركبه من السرج والآلة) ش: أي وآلة السرج نحو بشرقه وخدامه وعباءه ولجامه.

م: (وكذا) ش: أي وكذا السلب م: (ما معه على الدابة من ماله في حقيبته) ش: وهي الوعاء الذي يجعل فيه الرجل حوائجه وزوادته فيه، ويجعل في مؤخر القَتب. وفي الجمهرة الحقيبة الرقادة في مؤخر القتب م: (أو على وسطه) ش: نحو الهميان.

وما عـدا ذلك فليس بسلب ، وما كان مع غـلامه على دابة أخرى فليس بسلبـه ، ثم حكم التنفيل قطع حق البـاقين ، فأما الملك فـإنما يثبت بعـد الإحراز بدار الإسلام لما مـر من قبل ، حـتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها ، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيـفة وأبي يوسف -رحـمـهمـا الله-وقال مـحمـد -رحمـه الله- : له أن يطأها ويبيعها ، لأن التـنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمـة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف .

م: (**وما عدا ذلك**) ش: أي المذكور من هذه الأشياء م: (**فليس بسلب**) ش: وقـال الشافعي : السلب ما كـان عليه من ساحة الحرب كـالثياب التي يقـاتل فيها ، والسلاح الذي به ، والمركوب الذي يقاتل عليه ، فأما ما في يده لا يقاتل به كالمنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان :

أحدهما : أنه ليس من السلب وبه قال أحمد في رواية .

والثاني : أنه من السلب وهو قولنا ، وعن أحمد في مركبه روايتان .

م: (**وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه**) ش: بل هو من الغنيمة .

م: (**ثم حكم التنفـيل قطع حق الباقين، فـأما الملك فـإنما يثبت بعـد الإحراز بدار الإسـلام لما مر من قبل**) ش: إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم بقوله : ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والنافلة ، والثانية منعدمة ، أي اليد النافلة منعدمة قبل الإحراز فلا يثبت الملك .

م: (**حتى لو قال الإمام : من أصـاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمـهما الله -. وقال محمد - رحمه الله -: له أن يطأها ويبيـعها**) ش: ذكـر الخـلاف في الزيادات بين مـحمـد وصـاحبـه ، واعتـمـد عليـه صـاحب «الأسرار»، وتبعه صاحب «الهداية» ولم يذكر الخلاف في «السير الصغير» ، واعتمد عليه الحاكم الشهيد في الكافي ، وذكر الكرخي بين أبي حنيفة ومحمد، ولم يذكر قول أبي يوسف فقال : لا يطؤها عند أبي حنيفة خلافًا لمحمد، واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة م: (**لأن التنفيل يثبت به الملك عنده**) ش: أي عند محمد.

وبه قالت الثلاثة : م: (**كما يثبت**) ش: أي الملك م: (**بالقسمة في دار الحرب**) ش: أي بقسمة الإمام الغنائم م :(**وبالشراء من الحربي**) ش: فإن اشترى جارية أو غيرها في دار الحرب من الحربي م: (**ووجوب الضـمان بالإتلاف**) ش: لفظ وجوب الضمان مرفوع بالابتداء وخبره قوله م: (**قد قيل : على هذا الاختلاف**) ش: وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو ، فيكون معطوفًا على قوله الملك ، أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على ما أتلف [. . . .] سلبه الذي أصابه والأول أولى.

....

وإنما ذكره دفعًا لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبيان ذلك أن محمدًا -رحمه الله- ذكر في الزيادات أن المتلف السلب، نفله الإمام يضمن، لأن الحق متأكد ولم يذكر، فورد الضمان شبهة عليها، لأن الضمان دليل تمام الملك، فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضًا بعد الاستبراء فقال: في دفع ذلك إنه أيضًا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن، والله أعلم.

* * *

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها . لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتباراً بسائر أملاكهم ، وإذا غلبوا على أموالنا -والعياذ بالله- وأحرزوها بدارهم ملكوها . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يملكونها ، لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء ، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

م: (باب استيلاء الكفار)

ش: أي هذا باب في بيان استيلاء الكفار ، وهذه الإضافة من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ، ولما شرع في استيلائهم بدأ باستيلاء بعضهم بعضًا فقال :

م: (**وإذا غلب الترك على الروم**) ش: الترك جمع تركي ، والروم جمع رومي ، والمراد كفار الترك ونصارى الروم م :(**فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها ، لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب**) ش: أي الاستيلاء على مال مباح هو سبب الملك م: (**على ما نبينه إن شاء الله تعالى**) ش: أي عند قوله : وإذا غلبوا على أموالنا .

م: (**فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك**) ش: أي ما نجده في أيدي الترك مما أخذوه من الروم م :(**اعتباراً بسائر أملاكهم**) ش: أي قياسًا على سائر أموال الترك ، لأنهم لما ملكوا الذي أخذوه من الروم بالاستيلاء صار هو ومالهم الأصل سواء م: (**وإذا غلبوا**) ش: أي الكفار م: (**على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها**) ش: وبه قال مالك وأحمد إلا عند مالك يملكونها لمجرد الاستيلاء بدون الإحراز ، ولأحمد روايتان ، في رواية مع مالك ، وفي رواية معنا .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يملكونها ، لأن الاستيلاء محظور**) ش: أي ممنوع حرام مطلقًا م: (**ابتداء**) ش: أي في دار الإسلام م :(**وانتهاء**) ش: أي بعد الإحراز بدار الحرب م: (**والمحظور لا ينتهض سببًا للملك**) ش: أي المحظور من وجه لا يكون سببًا للملك لأن المحظور من كل وجه وهو الباطل لا يكون سببًا للملك عندنا أيضًا كالبيع بالميتة والدم والخمر م: (**على ما عرف من قاعدة الخصم**) ش: وهي إراءة إليهم أن النهي بعد المشروعية عنده .

وقال الكاكي : وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح في المحظور من وجه دون وجه ، كما في البيع الفاسد ، أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما في استيلاء المسلم على مال المسلم .

فإن قلت : يؤيد ما قاله الشافعي ما روي عن عمران بن الحصين أن المشركين أغاروا على سرح

المدينة وذهبوا والعضباء وأسروا امرأة الراعي فانفلتت ذات ليلة فأتت بالعضباء فقعدت في عجزها ونذرت إن نجاها الله لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « بئس ما جزتها ، لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم » وأخذ ناقته ، وعلم بهذا أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين ، فلو كانوا يملكون لملكت المرأة العضباء بالأخذ منهم .

قلت : ما كانوا أحرزوها بدارهم وأخذ المرأة العضباء كان قبله في الطريق . وقيل الإحراز لا يثبت الملك . ودليلنا من القرآن قوله تعالى : ﴿ **للفقراء المهاجرين** ﴾ ... (الحشر : الآية ٨) ، فإنه تعالى سماهم فقراء ، والفقير من لا ملك له ، فلو لم يملك الكفار أموالهم لما سموا فقراء .

ودليلنا من المعقول هو قوله م: (**ولنا أن الاستيلاء**) ش: أي استيلاء الكفار م: (**ورد على مال مباح**) ش: لأن الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقًا على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار في المآل والاقتدار بهذه الصفة لا يكون إلا بعد الإحراز ثم بعد إحرازهم ارتفعت العصمة فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور ، فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ، ولهذا لا يملكون رقابنا .

فإن قيل : قال الله تعالى : ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً** ﴾ (النساء : الآية ١٤١) ، فكيف يملكون أموالنا بالاستيلاء والتمليك بالقهر من أقوى جهات السبيل ؟ .

قلنا : النص يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء ، بل يملكون مالاً مباحًا كما ذكرنا .

فإن قلت : يرد عليكم الاسترداد بالملك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل دار الحرب بدون رضى الغازي .

قلت : أجيب بأن بقاء حق الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم، ألا ترى أن للواهب الرجوع في الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ، وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضى المشتري مع ثبوت الملك له .

قلت : القياس على الهبة فيه نظر على ما لا يخفى .

فإن قلت : لا نسلم أن المال مباح بأصل الخلقة .

قلت : إنه مباح به لقوله تعالى : ﴿ **خلق لكم ما في الأرض جميعًا** ﴾ (البقرة : الآية ٢٩) ، واللام للاختصاص ، فيقتضي الاختصاص لجهة الانتفاع مطلقًا دون اختصاص الواحد بشيء من

فينعقد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة عاد مباحاً كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً ، والمحظور لغيره

ذلك ، لأن فيه منع الباقين من الانتفاع ، وقد أضيف إليهم جميعًا بحرف الاختصاص .

م: (**فينعقد**) ش: أي ورود الاستيلاء على مال مباح م: (**سببًا للملك دفعًا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم**) ش: بعد الإحراز ، وإنما تثبت العصمة للمال لتمكن المالك من الانتفاع ودفع الحاجة ، لأنه إذا لم يكن معصومًا كان كل واحد بسبيل من التعرض ، فلا تحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكن من الانتفاع ودفع الحاجةبعد إحرازهم ارتفعت العصمة ، فعاد مباحًا فملكوه بالاستيلاء .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، وبينه بقوله م: (**لأن العصمة**) ش: أي في المال م: (**تثبت على منافاة الدليل**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعًا** ﴾ (البقرة : الآية ٢٩) ، يقتضي أن لا يكون مالاً معصومًا لشخص ، وإنما تثبت العصمة .

م: (**ضرورة**) ش: أي لضرورة م: (**تمكن المالك من الانتفاع ، وإذا زالت المكنة عاد مباحًا كما كان**) ش: في الأصل .

وفي «الكافي» قوله في «الهداية» : لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل إلى قوله عاد مباحًا مشكل ، فإنا إذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزنا بدارنا لم يملكها مع زوال المكنة . إلا أن يقال أراد به زوال المكنة بالإحراز بدار الحرب .

ثم أصل الدار واحدة وهي بحكم الديانة مختلفة . فتثبت العصمة من وجه دون وجه ، فلم يثبت الملك بالشك ، بخلاف أهل الحرب ، لأن الدار مختلفة ، والنعت متباينة من كل وجه ، فبطلت العصمة لنا في حقهم .

م: (**غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنه**) ش: أي لأن الاستيلاء م: (**عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً**) ش: أي بالانتفاع بالمال في الحال م: (**ومآلاً**) ش: أي عاقبة ، يعني بالادخار إلى الزمن الثاني م: (**والمحظور لغيره**) ش: جواب عن قول الخصم إن الاستيلاء محظور لا ينتهض سببًا للملك .

إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ، وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل ، فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله- عليه السلام- فيه : إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة،

تقريره أن يقال : سلمنا أنه محظور ، لكنه محظور لغيره مباح في نفسه ، يعني أن المال مباح لعينه ، لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك والمحظور لغيره، يعني لا لعينه م: (**إذا صلح سببًا لكرامة تفوق الملك**) ش: كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فإنها تصلح سببًا لاستحقاق إعلاء النعم وهو الثواب في الآخرة ، فلأن يصلح للملك سببًا للملك في الدنيا أولى وهو معنى قوله .

م: (**وهو الثواب الآجل**) ش: يعني في الآخرة م: (**فما ظنك بالملك العاجل**) ش: يعني في الدنيا على أنا نقول المحظور قد يصلح أن يكون سببًا للملك كما في السوم على سوم أخيه ، والبيع عند الأذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي ، وبيع المتلقي للسلعة فانتقض أصله حينئذ .

وفي «الكافي» : والمحظور بغيره إلى قوله بالملك العاجل مشكل أيضًا ، لأن العصمة لا تخلو إما أن زالت بالإحراز بدارهم أو لا ، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظور ؛ لما مر أنه على مال مباح وإن لم يترك لم تصر ملكًا لهم كما في مسألة البغاة، إلا أن يقال العصمة المؤثمة باقية ، لأنها بالإسلام ، وإن زالت بالقوة لأنها بالدار .

م: (**فإن ظهر عليها المسلمون**) ش: أي فإن غلب المسلمون على الأموال التي أخذها الكفار منا م: (**فوجدها المالكون قبل القسمة فهي**) ش: أي تلك الأموال م: (**لهم**) ش: أي للملاك م: (**بغير شيء**) ش: يعني يأخذونها مجانًا م: (**وإن وجدوها بعد القسمة**) ش: أي بعد قسمة الإمام الغنائم م :(**أخذوها بالقيمة إن أحبوا**) ش: يعني إن أرادوا أن يأخذوها يأخذونها بقيمتها .

قال الأترازي - رحمه الله - : وعند الشافعي - رحمه الله - يأخذون في الوجهين بغير شيء .

قلت : قال الشافعي - رحمه الله - ولكن الإمام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وإن لم يكن في بيت المال شيء أعاد القسمة .

م: (**لقوله -عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**فيه**) ش: أي هذا الحكم م :(**إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة**) ش: هذا الحديث أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال- فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم -:« **إن وجده**

ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخـذ نظراً له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه

صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به ، وإن وجده قد قسم به فإن شاء أخذه بالثمن»[1] وقال : الحسن بن عمارة متروك .

وروى الطبراني في «معجمه» عن ياسين الزيات عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة - رضي الله عنه - قال : أصاب العدو ناقة رجل من بني سليم ، ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها . فأتى النبي ﷺ فأخبره فأمره عليه السلام بالثمن الذي اشتراها به صاحبها من العدو وإلا يخلي بينه وبينها [2] ، رواه أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال : وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي ﷺ فأقام البينة أنها ناقته ، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو ، فقال النبي ﷺ : « إن شئت أن تأخذها بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق به ، وإلا فخل ناقته » [3] وقال عبد الحق : ياسين ضعيف .

وأخرج الدارقطني أيضًا في سننه عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء » [4] ، قال الدارقطني : إسحاق متروك ، وهذا كما رأيت كله لا يرضى به الخصم ، ولم يبق إلا أن يحتج بما رواه الدارقطني - رحمه الله - وهذا في «سننه» عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال : ما أصاب المشركون من أموال الناس فظهر عليهم فرأى رجل متاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، فإذا قسم ثم ظهر عليه فلا شيء له ، إنما هو رجل منهم .

وكذا روى أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه عن خلاس عن علي - رضي الله عنه - نحوه ، قال البيهقي رواية خلاس عن علي ضعيفة .

قلت : قال ابن حزم : رواية خلاس عن علي - رضي الله عنه - صحيحة .

م: (**ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه ، فكان له حق الأخذ نظراً له**) ش: فيأخذه بغير شيء قبل القسمة ، لأن الملك في المغنوم عام بين الغانمين فقل الضرر عليهم م :(**إلا أن في الأخـذ**) ش:

---

(١) الدارقطني في كتاب السير [٤/ ١١٥]، وترجمة الحسن بن عمارة في ضعفاء ابن الجوزي [٨٤٨].

(٢) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح . مجمع الزوائد(٤/ ١٧٣) .

(٣) « المراسيل » لأبي داود [٣٠٤] ، وراجع ترجمة ياسين الزيات في ضعفاء ابن الجوزي [٣٦٨٧] .

(٤) الدارقطني في « السير» [٤/ ١١٣] ، وراجع ترجمة إسحاق بن عبد الله في ضعفاء ابن الجوزي [١٢٣٠].

بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة . وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء تركه ، لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ، ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته ، فكان اعتدال النظر فيما قلناه . ولو اشتراه بعوض يأخذه بقيمة العوض . ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص ،فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوماً وهو مثلي يأخذه

أي غير أن في أخذ المالك القديم م :(**بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص ، فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين**) ش: بغير جانب المالك القديم والمالك الجديد م: (**والشركة قبل القسمة**) ش: أي قبل قسم الإمام الغنيمة م: (**عامة**) ش: بينهم م :(**فيقل الضرر ، فيأخذه بغير قيمة**) ش: والدليل على عموم الملك بين الغانمين أن واحدًا من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة ، بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة .

م: (**وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك**) ش: أي الذي استولى عليه الحربي م: (**وأخرجه**) ش: أي أخرج ذلك الشيء م: (**إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه**) ش: أي التاجر ، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه ، كذا ذكره الحاكم الشهيد - رحمه الله - م: (**وإن شاء تركه لأنه**) ش: أي لأن التاجر م: (**يتضرر بالأخذ مجانًا**) ش: يعني بغير شيء م: (**ألا ترى أنه**) ش: أي أن التاجر م: (**قد دفع العوض بمقابلته**) ش: أي بمقابلة ذلك الشيء الذي اشتراه م: (**فكان اعتدال النظر فيما قلناه**) ش: وهو قوله ليعتدل النظر من الجانبين .

م: (**ولو اشتراه بعوض**) ش: أي الشيء بالشيء م: (**يأخذه بقيمة العوض**) ش: أي بقيمة ذلك العوض الذي اشتراه .

م: (**ولو وهبوه لمسلم**) ش: أى ولو وهب أهل الحرب ذلك الشيء لمسلم م :(**يأخذه**) ش: يعني صاحبه يأخذه م: (**بقيمته**) ش: أي بقيمة ذلك الشيء م: (**لأنه ثبت له**) ش: أي للموهوب له م: (**ملك خاص**) ش: بالهبة م: (**فلا يزال إلا بالقيمة**) ش: قيل على أن الملك يثبت للموهوب له مجانًا ، فلا يتضرر بالأخذ منه مجانًا ، بخلاف ما يثبت لأحد الغزاة بالقسمة ، لأن هذا الحق إنما تعين له بأداء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين .

وأجيب : بأن الملك ها هنا أيضًايثبت بالعرض معنى ، لأن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة ، فجعل ذلك معتبرًا في إثبات حقه في القيمة .

م: (**ولو كان**) ش: أي ما أخذه الكفار من المسلمين م: (**مغنومًا**) ش: أي مأخوذًا بالقهر والغلبة م: (**وهو مثلي**) ش: أي والحال أنه مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير م: (**يأخذه**) ش:

قبل القسمة ولا يأخذه بعدها ، لأن الأخذ بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا . وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً . قال : فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، أما الأخذ بالثمن فلما قلنا ، ولا يأخذ الأرش ، لأن الملك فيه صحيح ، فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن ، لأن الأوصاف لا يقابلها

أي صاحبه وهو المالك القديم م :(**قبل القسمة**) ش: بلا شيء.

م: (**ولا يأخذه بعدها**) ش: أي بعد القسمة م: (**لأن الأخذ بالمثل غير مفيد**) ش: لأنه لو أخذه أخذ بالمثل ولا فائدة فيه م: (**وكذا**) ش: أي وكذا حكم المثلي م: (**إذا كان موهوبًا لا يأخذه**) ش: لا يأخذه المالك القديم بعدم الفائدة م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله ، لأن الأخذ بالمثل غير مفيد .

م: (**وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفًا**) ش: أي وكذا لا يأخذه المالك القديم أيضًا إذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدرًا ووصفًا ، لأنه لا فائدة في أن يعطي عشرة مثاقيل جياد ، ويأخذ عشرة مثاقيل جياد ، أو يعطي عشرة أقفز جيدة ، ويأخذ عشرة أقفز جيدة .

وإنما قيد بقوله قدرًا ووصفًا احترازًا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدرًا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفًا فإن له أن يأخذه بمثل المشترى ، ولا يكون ذلك ربًا ، لأنه إنما قدر ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه ، لا أنه يشتريه ابتداءً.

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمة الله عليه - م: (**وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار لإسلام ففقئت عينه وأخذ**) ش: أي المولى م: (**ارشها**) ش: أي أرش العين م: (**فإن المولى**) ش: أي المولى الأول م: (**يأخذه**) ش: أي يأخذ العبد م: (**بالثمن الذي أخذ به من العدو ، وأما الأخذ بالثمن فلما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله ، لأنه يتضرر بالأخذ مجانًا م: (**ولا يأخذ**) ش: أي المالك القديم م : (**الأرش ، لأن الملك فيه صحيح**) ش: احتراز عن الشراء الفاسد ، فإن الوصف فيه مضمون .

م: (**فلو أخذه**) ش: أى المالك لو أخذ الأرش م: (**أخذه بمثله وهو لا يفيد**) ش: لأن الأرش دراهم أو دنانير م: (**ولا يحط شيء من الثمن**) ش: يعني إذا أخذ الأرش لا يحط شيء من الثمن بسبب فقء العين ، لأن العين بمنزلة الوصف لأنه يحصل بها صفة الكمال في الذات فيه ، ولا ينحط شيء من الثمن م: (**لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن**) ش: وفي النهاية في قوله لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن نظر .

قال الكاكي : قال شيخي العلامة : وهو مشكل ، وهكذا ذكر في الكافي ، لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودًا بالتناول ، فأما إذا صار مقصودًا فله حظ من الثمن ، كما لو اشترى عبدًا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة ، فإنه يحط من الثمن ما يخص العين ،

شيء من الثمن بخلاف الشفعة ؛ لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى في يد المشتري بمنزلة المشترى شراءً فاسداً والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب ، أما ها هنا الملك صحيح فافترقا . وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل بألف

بخلاف ما إذا عورت ، ذكره في «الفوائد الفهيرية» .

وكما في مسألة الشفعة المذكورة في الكتاب ، وهنا صارت مقصودة بالتناول ، فينبغي أن يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن .

أجيب عنه : بأن الوصف إنما بمقابلة شيء من الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد ، أو في موضع الشبهة كما في المسائل المذكورة ، فإن الملك في المشترى بالنسبة إلى الشفيع كالفاسد .

وفي مسألة المرابحة الشبهة تلحقه بالحقيقة لا لإثبات المرابحة على الأمانة دون الخيانة ، وهذا لأن الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك .

وكذا في الشراء الفاسد ، أما في الشراء الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف ، إذ الوصف تابع ، ولهذا لو ظهر للمبيع وصف مرغوب قد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطالب بمقابله شيئًا وقد فات الملك في ملك صحيح ، وبذهابه لا يسقط شيء من الثمن ، لأنه تابع . ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فذهبت يده أو عينه لا يسقط شيء من الثمن .

م: (**بخلاف الشفعة**) ش: يعني بخلاف الوصف في مسألة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن . قال الكاكي قوله : بخلاف الشفعة إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل قصدي ، فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة ، بخلاف مسألتنا، أما إذا كان فواتها بآفة سماوية في الشفعة بأن حرق البستان فلا يقابلها شيء من الثمن ، فحينئذ لا تخالف مسألة الشفعة مسألتنا .

م: (**لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى**) ش: بفتح الراء م: (**في يد المشتري**) ش: بكسر الراء م: (**بمنزلة المشترى**) ش: بفتح الراء م: (**شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه**) ش: أي في الشراء الفاسد ، لأنه واجب الرد .

م: (**كما في الغصب**) ش: إذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع . م: (**أما ها هنا**) ش: أي فيما إذا اشترى من العدو م: (**الملك صحيح فافترقا**) ش: أي الملك الصحيح ، والمشترى شراء فاسداً .

م: (**وإن أسروا عبداً**) ش: أي وإن أسر أهل الحرب عبداً من المسلمين م: (**فاشتراه رجل بألف**

درهم فأسروه ثانية وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته .

ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم جميع ذلك ، لأن السبب إنما يفيد الملك في محله ، والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه ،

درهم فأسروه ثانية) ش: أي مرة ثانية م: (وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني) ش: لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني .

م: (بالثمن لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين إن شاء ، لأنه قام عليه) ش: أي على المشتري الأول م: (بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني) ش: وهو المشتري الأول م: (غائبًا ليس للأول) ش: أي للمولى الأول وهو المالك القديم م :(أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته) ش: أي بحضرة المأسور منه الثاني وهو المشتري الأول .

قال الأكمل - رحمه الله - : واعترض على قوله وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ما قالوا ببقاء حق الآخذ الذي اشتراه من العدو وتضرر المالك ، لأنه حينئذ يأخذه بالثمن .

وأجيب : بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولاً أولى ، لأن حقه يعود في الألف التي بعدها بلا عوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ، ولكن يعوض بمقابله وهو العبد ، فكان ما قلناه أولى .

م: (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم) ش: أي على أهل الحرب إذا غلبنا عليهم م :(جميع ذلك) ش: إشارة إلى ذكر من تقدم [. . .] وغيرهم .

وفائدة ذلك أن المولى يأخذه وهؤلاء بلا شيء قبل القسمة ، وبعدها كذلك إن اشترى رجل واحداً من ما ذكرنا من أهل الحرب بعد استيلائهم بأخذ المولى بلا شيء ، والأصل فيه ما ذكرنا في شرح الطحاوي أن كل ما يملك بالميراث يملك بالأسر والاسترقاق والقهر والغلبة .

وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالأسر والاسترقاق والقهر والغلبة م: (لأن السبب) ش: وهو الاستيلاء م: (إنما يفيد الملك في محله) ش: يعني إذا قصد بالمحل كما في سائر الأسباب م: (والمحل المال المباح ، والحر معصوم بنفسه) ش: باعتبار أن الآدمي خلق للحمل لأعباء التكاليف ،

وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم ، لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ، ولا جناية من هؤلاء . وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : يملكونه ، لأن العصمة لحق المالك لقيام يده ، وقد زالت . ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه . وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا، لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده

ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة ، فكان التعرض له حرامًا . م: **(وكذا من سواه)** ش: أي من سوى الحر من أم الولد والمدبر والمكاتب فللمالك أن يأخذهم قبل القسمة بغير شيء وقال مالك وأحمد : يملكون المدبر والمكاتب بالاستيلاء حتى يأخذهما سيدهما بالقيمة في الهبة وبالثمن بالشراء أو في أم الولد لا يملكونها عند أحمد - رحمه الله - . وقال الزهري : يأخذها سيدها بالقيمة في الهبة . وقال مالك - رحمه الله - : يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا يحل له م: **(لأنه تثبت الحرية فيه)** ش: أي فيمن سوى الحر م: **(من وجه)** ش: لاستحقاقهم الحرية ، ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود .

م: **(بخلاف رقابهم)** ش: أي رقاب أهل الحرب م: **(لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء)** ش: لأنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جازاهم بأن جعلهم عبيد عبيده م: **(ولا جناية من هؤلاء)** ش: أي من أحرارنا ومدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا ، لأنه لم يوجد منهم جناية الكفر فلا يستحقون الرق .

م: **(وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم)** ش: أي إلى أهل الحرب م: **(فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة - رحمه الله-)** ش: وبه قال أحمد في رواية والشافعي . وقيل المسلم اتفاقي والحكم في عبد الذمي كذلك .

م: **(وقالا)** ش: أي أبو يوسف ومحمد : م: **(يملكونه)** ش: وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه م: **(لأن العصمة)** ش: أي العصمة الموجودة في العبد كانت م: **(لحق المالك لقيام يده عليه وقد زالت)** ش: يده ، فزالت العصمة م: **(ولهذا)** ش: أي زوال يده م: **(لو أخذوه)** ش: أي العبد م: **(من دار الإسلام ملكوه)** ش: ، ولو كانت العصمة بالإسلام لما ملكوه ، كذا قال تاج الشريعة .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - م: **(أنه)** ش: أي أن العبد م: **(ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها)** ش: أي اعتبار يد العبد م: **(لتحقق يد المولى عليه تمكينًا له من الانتفاع)** ش: أي لأجل تمكن المولى من الانتفاع به م: **(وقد زالت يد المولى فظهرت يده**

على نفسه وصار معصوماً بنفسه ، فلم يبق محلاً للملك ، بخلاف المتردد ، لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار ، فمنع ظهور يده . وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة- رحمه الله- يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوياً كان أو مشترى أو مغنوماً قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى

على نفسه) ش: لأنه حين دخل دار الحرب زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه عنه لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك م: (وصار) ش: أي العبد م: (معصومًا بنفسه فلم يبق محلاً للملك) ش: لأنه يصير في يد نفسه وهي يد محترمة يمنع الإحراز ، فيمنع التملك ، لأنه لا يملك بدون الإحراز .

فإن قيل : لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه ، فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى ، لأن دار الحرب في أيديهم .

أجيب : بأن بين الدارين حدًا لا يكون في يد أحد ، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكمية ، و يد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر ، لأن حصول اليد الحقيقية في غيره الفراغ . والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف كيف شاء وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه .

فإن قيل : لو حصل له يد حقيقة لعتق ، وليس كذلك .

أجيب : بمنع الملازمة ، لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبًا ملك المولى ، وجاز أن تؤخذ اليد بلا ملك ، كما في المغصوب والمشترى قبل القبض ، فإن الملك للمولى واليد لغيره .

م: (بخلاف المتردد) ش: أي خلاف العبد الآبق المتردد في د ار الحرب وهو الذي يدور في دار الإسلام م :(لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار) ش: لأن الاقتدار على المحل قائم بالطلب ، والاستعانة بأهل الدار م: (فمنع ظهور يده) ش: لنفسه ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضًا له لبقاء يده حكمًا .

م: (وإذا لم يثبت الملك لهم) ش: أي لأهل الحرب على العبد م: (عند أبي حنيفة- رحمه الله- يأخذه المالك القديم بغير شيء) ش: سواء كان العبد م: (موهوبًا) ش: لأحد من أهل الحرب م: (كان أو مشترى) ش: أي لو كان العبد مشترى بأن اشتراه أحد منهم م :(أو مغنومًا) ش: أي لو كان المولى وحده مغنومًا في يد الغانمين .

هذا كله إذا كان م: (قبل القسمة، وبعد القسمة يؤدى) ش: أي على صيغة المجهول ، أي

عوضه من بيت المال ، لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ، وليس له على المالك جعل الآبق ، لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه . وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا ، بخلاف العبد على ما ذكرنا ، وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا ، فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء ، والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله- .

يؤدى للمولى م: (**عوضه من بيت المال**) ش: ولا يعطي المشتري العوض ، لأنه قد يكون ملكه بغير أمره ، فكان متبرعًا ، حتى لو أمره بذلك رجع على المشتري بالثمن ، وأما المولى فإنما يأخذ عوضه من بيت المال م: (**لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم**) ش: وإنما يعوض من بيت المال ، لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك .

م: (**وليس له على المالك**) ش: أي للغازي أو للتاجر أو للموهوب له م: (**جعل الآبق لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من هؤلاء م: (**عامل لنفسه**) ش: في زعمه م: (**إذ في زعمه أنه ملكه**) ش: أي أن العبد ، فيكون عاملاً لنفسه لا للمولى القديم .

م: (**وإن ند بعير إليهم**) ش: أي ذهب على وجهه شاردًا ، يقال : ند يند ندًا ، أو ندودًا من باب ضرب يضرب م: (**فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء**) ش: أي البهيمة ، وإنما سميت عجماء ، لأنها لا تتكلم فكذلك ؛ كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم .

وقال : «صلاة النهار عجماء» ، لأنها لا يجهر فيها بالقراءة م: (**لتظهر عند الخروج من دارنا**) ش: أي دار الإسلام م :(**بخلاف العبد**) ش: إذا أبق ، لأن له يدًا للظهور عند الخروج م: (**على ما ذكرنا**) ش: إشارة إلى قوله إنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا .

م: (**وإن اشتراه رجل**) ش: أي وإن اشترى هذا البعير ، رجل منهم م :(**وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا**) .

ش: وإن شاء تركه م: (**فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله -**) ش: لما أن عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد ، واعترض بأن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضًا بغير شيء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضًا لانقطاع يد المولى من المال ، لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه ، فلا يصير ملكًا لهم .

وقالا : يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد ، وقد بينا الحكم في كل فرد . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : لا يعتق ، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين ،وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقي في يده عبداً ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصاً له ، كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب .

وأجيب : بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهوالرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه ، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال ، هكذا قاله الأكمل . وفيه تأمل ، لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مال مباح ، فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في العبد .

م: (**وقالا : يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد**) ش: يعني إذا أبق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك ، فكذلك إذا أبق ومعه فرس ومتاع م: (**وقد بينا الحكم في كل فرد**) ش: أي عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها .

م: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدًا مسلمًا وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا: لا يعتق**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في قول . واعلم أن الحربي المستأمن إذا اشترى عبدًا مسلمًا جاز ويجبر على البيع ، لأنه لا يجوز أن يبقى المسلم في ذل الكافر ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز بيعه أصلاً م: (**لأن الإزالة**) ش: أي إزالة اليد من الحربي م: (**كانت مستحقة بطريق معين ، وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه**) ش: بالدخول في دار الحرب م: (**فبقي في يده عبدًا**) ش: فلا يعتق ، لأنه ملكه في دار الإسلام وأحرزه بدارهم .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب**) ش: لقوله عز وجل : ﴿ **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً** ﴾ (النساء : الآية ١٤١) ، م: (**فيقام الشرط ، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق**) ش: بيانُ هذا أن الحربي المستأمن في دارنا يزال ملكه بالعوض بحرمة ماله بأمانه .

فإذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان وسقطت عصمة ماله فيعتق العبد م: (**تخليصًا له**) ش: وقد عجز القاضي عن عتاقه عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب . فقام شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب فقام عليه الزوال ، وهو إعتاق القاضي م: (**كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق**) ش: بين الزوجين م: (**فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب**)

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار ، لما روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله . ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار ،

ش: فانقضاء ثلاث حيض -الذي هو شرط البينونة في الطلاق الرجعي-أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الإسلام وتفريقه بعد الأمانة لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دارهم ، ثم يلزمها أن تتقيد بثلاث حيض من بعد ذلك .

م: **(وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر)** ش: على صيغة المجهول ، أي غلب م: **(على الدار)** ش: أي دارهم م :**(فهو)** ش: أي العبد م: **(حر، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ فقضى بعتقهم . وقال: هم عتقاء الله)** ش: وروى أحمد - رحمه الله - في مسنده وابن أبي شيبة - رحمه الله - في «مصنفه » والطبراني في معجمه من حديث الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن عبدين خرجا من الطائف إلى النبي ﷺ فأسلما فأعتقهما رسول الله ﷺ ، أحدهما أبو بكرة .

وأخرج البيهقي عن عبد الله بن مكرم الثقفي قال لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف خرج إليه رقيق من رقيقهم ، فمنهم أبو بكرة ، وكان عبد الحارث بن كلاء والمنبعث ونجب ، وورد أن في رهط من رقيقهم فأسلموا ، قالوا : يا رسول الله ﷺ رد علينا رقيقنا الذي أتوك فقال: لا أولئك عتقاء الله عز وجل ، ورد على كل رجل ولاء عبده .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن العبد الذي خرج إلينام: **(أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغمًا)** ش: أي منابذًا ، يقال راغم فلان قومه مراغمة إذا خرج عنهم ونبذهم وقيد بقوله مراغمًا ، لأنه إذا خرج تابعًا م: **(لمولاه)** ش: يباع وثمنه للحربي .

وعليه نص الحاكم الشهيد في «الكافي» م: **(أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار)** ش: متصل بقوله إذا ظهر على الدار كما أن قوله ولأنه أحرز نفسه متصل بقوله ثم خرج إلينا .

وعن هذا قال الأترازي : وفيه لف ونشر ، أعني أنه أحرز نفسه بالخروج إلينا وبالالتحاق فيما إذا ظهر على الدار .

قلت : هذا كلام مترتب ليس فيه لف ولا نشر .

واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه ، فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد ، وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء ، فكان أولى .

م: (**واعتبار يده**) ش: أي يد العبد م: (**أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتًا على نفسه ، فالحاجة في حقه**) ش: أي في حق العبد م: (**إلى زيادة توكيد**) ش: بمنعة المسلمين .

م: (**وفي حقهم**) ش: أي والحاجة في حق المسلمين م: (**إلى إثبات اليد ابتداء ، فكان**) ش: أي اعتبار يده م: (**أولى**) ش: توضيح هذا ، لأنه لما التحق بمنعة المسلمين ، صار كأنه خرج إلى دار الإسلام ، ولا يكون عبدًا للغزاة ، لأنهم محتاجون أن يملكوه بالإحراز ، و هو يحتاج إلى أن يحرز نفسه لتناول شرف الحرمة ، وإحرازه أسبق من إحرازهم ، فصار أولى ، لأنه صاحب يد في نفسه ، لكنه يحتاج إلى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم محتاجون إلى إثبات اليد ابتداء ، فكان اعتبار يده أولى ، والله أعلم .

***

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً ، والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ، ولم يمنعه ، لأنهم هم الذين نقضوا العهد ، بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأمن ، فيباح له التعرض ، وإن أطلقوه طوعاً . فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على

م: **(باب المستأمن)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم المستأمن وهو المسلم الذي يدخل دار الحرب بالأمان ، وكذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الأمان من المسلمين ، وقدم المستأمن المسلم ثم عقبه بالمستأمن الحربي بفصل على حدة ، كما يجيء إن شاء الله عز وجل .

م: **(وإذا دخل المسلم دار الحرب)** ش: حال كونه م: **(تاجراً ، فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ، ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم)** ش: أي لأهل الحرب لأنهم ما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستئمان إلا بشرط أن لا يتعرض لهم بشيء من ديارهم وأموالهم . وقوله م: **(بالاستئمان)** ش: يتعلق بقوله ضمن وضمانه شرط ، والمؤمن عند شرطه م: **(فالتعرض بعد ذلك)** ش: أي بعد شرط عدم التعرض م: **(يكون غدراً ، والغدر حرام)** ش: لما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « **إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة ، فيقال هذه غدرة فلان** » .

م: **(إلا إذا غدر بهم)** ش: أي بالمسلمين م: **(ملكهم)** ش: أي ملك الكفار م: **(فأخذ أموالهم)** ش: أي أموال التجار م: **(أو حبسهم أو فعل غيره)** ش: أي غير الملك م: **(بعلم الملك ، ولم يمنعه)** ش: فحينئذ لا يكون أخذ تجارنا أموالهم غدراً م: **(لأنهم هم الذين نقضوا العهد)** ش: وفعلوا الغدر .

م: **(بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأمن)** ش: ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد ، فإذا كان كذلك م: **(فيباح له التعرض)** ش: لأنه بالوجه المذكور لا يكون أخذ الأسير المسلم غدراً م: **(وإن أطلقوه)** ش: واصل بما قبله م: **(طوعًا)** ش: أي لا إكراهًا . حاصل الكلام يباح له التعرض ، وإن كان مطلق العنان عندهم ، لأنه لم يوجد الاستئمان صريحًا ، فلم يلزم الغدر .

م: **(فإن غدر)** ش: أي التاجر م: **(بهم)** ش: أي بأهل الحرب ، وقد بين فاعل غدر بقوله م: **(أعني التاجر فأخذ شيئًا وخرج به)** ش: إلى دار الإسلام م :**(ملكه ملكًا محظوراً لورود الاستيلاء على**

مال مباح ، إلا أنه حصل بسبب الغدر ، فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به ، وهذا ، لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه . وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو ادان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله ،

مال مباح) ش: لأن مال أهل الحرب مباح فيملكه م: (**إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثًا فيه، فيؤمر بالتصدق به**) ش: أي بالمال الذي أخرجه ، حتى لو كانت جارية يكره له وطؤها ، وإن أحرزها بدارنا .

وكذا يكره للمشتري منه لقيام الحظر في الملك بسبب الغدر ، وبخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراءً فاسدًا ، حيث يحل له وطؤها بعد الاستبراء ، لأن الكراهة في حق المشتري الأول لقيام حق بائعه في الاسترداد وقد زال حقه ببيع المشترى من آخر ، فظهر الفرق . والرواية مذكورة في «المبسوط» وغيره .

وفي «المغني» للحنابلة : يجب عليه رد ما أخذ من مالهم بالخيانة أو بالاستقراض بأن بيعت .

ولو جاء بأمان أو إيمان يجب الرد عليه كما لو أخذه من مسلم . وعندنا لا يجب الرد ، لكن يتصدق به ولا يجب عليه رد ما استقرض قضاء .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله ملكه ملكًا محظورًا ، أي خبيثًا م: (**لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب**) ش: أي سبب الملك ، وهو الاستيلاء م: (**على ما بيناه**) ش: يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله المحظور بغيره إذا صلح سببًا لكرامة تفوق الملك . . . . . إلى آخره .

م: (**وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه**) ش: بتخفيف الدال من الإدانة وهو البيع بالدين ، واستدانه الابتياع بالدين ، وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال ، أي قبل الدين ، وقوله م: (**حربي**) ش: فاعله م: (**أو ادان هو حربيًا**) ش: وهو أيضًا من الإدانة م: (**أو غصب أحدهما**) ش: أي أحد الاثنين ، وهما المسلم والحربي م: (**صاحبه**) ش: بالنصب ، لأنه مفعول غصب م: (**ثم خرج إلينا**) ش: أي أحدهما م: (**واستأمن الحربي**) ش: يعني خرج مستأمنًا م: (**لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية**) ش: أي ولاية القاضي .

م: (**ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً**) ش: لأنه لا ولاية لنا على أهل الحرب م: (**ولا وقت القضاء**) ش: أي ولا ولاية وقت القضاء ، أي الحكم م: (**على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله**) ش: في دار الحرب .

وإنما التزم ذلك في المستقبل ، وأما الغصب فلأنه صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم على ما بيناه ، وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا .ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب ، أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد . وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه ، أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به ، فلأنه فسد الملك

م: (وإنما التزم ذلك) ش: أي حكم الإسلام م: (في المستقبل) ش: في مقابلة فعلها في دار الإسلام ، فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء ، لأنه لا قضاء بدون الولاية . وفي «شرح الطحاوي» : ولكنه ينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي .

م: (وأما الغصب) ش: فإنما يقضى لواحد منهما على الآخر م: (فلأنه) ش: أي فلأن المغصوب م: (صار ملكًا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم) ش: لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ، ولا يحكم بالرد لثبوت الملك م: (على ما بيناه) ش: يعني فيما تقدم الآن .

م: (وكذلك) ش: أي وكذلك لا يقضي بشيء م: (لو كانا حربيين فعلا ذلك) ش: أي الإدانة والغصب جميعًا م: (ثم خرجا مستأمنين) ش: أي حال كونهما مستأمنين م: (لما قلنا) ش: إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية إلى آخره .

م: (ولو خرجا) ش: أي الحربيان لو خرجا حال كونهما م: (مسلمين قضى بالدين بينهما ، ولم يقض بالغصب) ش: الذي حصل بينهما م: (أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية) ش: أي ولاية القاضي م: (ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب فلما بيناه) ش: فيما تقدم عن قريب م: (أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد) ش: لأن مال الحربي غير معصوم .

م: (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيًا) ش: أي مال حربي فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه م: (ثم خرجا) ش: حال كونهما م: (مسلمين) ش: المسلم بإسلامه القديم ، والحربي بدخوله في دار الإسلام م : (أمر برد الغصب) ش: ديانة م: (ولم يقض عليه) ش: يعني يقضي القاضي بالرد عليه م: (أما عدم القضاء فلما بينا) ش: فيما تقدم عن قريب م: (أنه ملكه) ش: لكونه مالاً غير معصوم .

م: (وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به) ش: أي بالرد فيما بينه و بين الله تعالى ، ولا يحكم بالجبر والإلزام ، والظاهر أن الضمير في مراده يرجع إلى محمد - رحمه الله - م: (فلأنه فسد الملك

لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد . وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ ، أما الكفارة فلإطلاق الكتاب ، والدية. لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب ، وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل لا تعقل العمد ، وفي الخطأ ، لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين ،

لما يقارنه من المحرم ، وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله ، وعليه الكفارة في الخطأ) ش: هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ من شروح «الجامع الصغير» ، ولكن ذكره قاضي خان في الجامع الصغير ، وجعل هذا الحكم فيه قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

ثم قال : وقالا - أي - أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - عليه القصاص في العمد ، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - لأنه قتل شخصًا معصومًا إذ عصمته ما زالت بالاستئمان فيجب بقتله في دار الإسلام م :(أما الكفارة فلإطلاق الكتاب) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ومن يقتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة﴾ (النساء : الآية ٩٢) ، وتخصيصها بالخطأ ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

م: (والدية) ش: أي وأما وجوب الدية م: (لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان) ش: لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الإسلام تقديرًا، حتى إن المستأمن بهم لما كان على قصد الرجوع كان كأنه يقصد الرجوع في دار الحرب .

م: (وإنما لا يجب القصاص) ش: جواب سؤال مقدر ، بأن يقال كان القياس وجوب القصاص ، فأجاب بقوله : وإنما لا يجب القصاص فيه م: (لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة) ش: أي إلا بقوة وعزة ، لأن الواحد يقاوم الواحد غالبًا .

م: (ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب) ش: فلا فائدة في الوجوب كالحد ، وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - يجب الحد ، إلا أن عند أحمد لا تقام في دار الحرب ،حتى ترجع . وعند الشافعي يؤخر أيضًا إذا لم يكن أمير الجيش أو الإمام ، وإلا لا يؤخر .

م: (وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل) ش: جمع عاقلة م: (لا تعقل العمد ، وفي الخطأ) ش: أي وتجب الدية أيضًافي الخطأ في ماله م: (لأنه لا قدرة لهم) ش: أي للعواقل م: (على الصيانة مع تباين الدارين) ش: لأن الوجوب عليهم لتقصيرهم في الصيانة عن ارتكاب هذه الجناية ،

والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجراً أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد ، لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر، كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه ، وامتناع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله لما قلنا . ولأبي حنيفة- رحمه الله- أن بالأسر صار تبعاً لهم بصيرورته مقهوراً في أيديهم ، ولهذا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم ، فيبطل به الإحراز أصلا . وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا ، وخص الخطأ بالكفارة ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

وكيف يجب على العواقل ، وهم في دار الإسلام صيانة عن الجناية وهو في دار الحرب م: **(والوجوب)** ش: أي وجوب الدية م: **(عليهم)** ش: أي على العواقل م: **(على اعتبار تركها)** ش: أي ترك الصيانة .

م: **(وإن كانا أسيرين)** ش: أي وإن كان المسلمان أسيرين م: **(فقتل أحدهما صاحبه ، أو قتل مسلم تاجراً أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا في الأسيرين)** ش: أي في قتل الأسيرين أحدهما الآخر م: **(الدية)** ش: أي تجب الدية أو الدية واجبة م: **(في الخطأ والعمد ، لأن العصمة)** ش: المتقومة بالإحراز بدارنا م: **(لا تبطل بعارض الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستئمان)** ش: وهو طلب الأمان منهم .

م: **(على ما بيناه)** ش: إشارة إلى قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان م: **(وامتناع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله)** ش: أي في مال القاتل م: **(لما قلنا)** ش: إشارة إلى قوله ، لأن العواقل لا تعقل العمد .

م: **(ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن بالأسر صار تبعًا لهم بصيرورته مقهوراً في أيديهم)** ش: فصار بحكم القهر تبعًا م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل كونه تبعاً لهم م :**(يصير مقيمًا بإقامتهم ، ومسافراً بسفرهم فيبطل به)** ش: أي بالأسر م: **(الإحراز)** ش: بدار الإسلام م :**(أصلاً)** ش: ولما بطل الإحراز لم تثبت العصمة المتقومة ، فلم تجب الدية لأنها بناء على تلك العصمة ، بخلاف الكفارة ، فإنها تجب بالعصمة المؤثمة وهي الإسلام.

م: **(وصار)** ش: هذا م: **(كالمسلم الذي)** ش: أسلم في دار الحرب كالمسلم الذي م: **(لم يهاجر إلينا)** ش: والجامع كون كل واحد منهما مقهوراً في أيديهم ، بخلاف المستأمن لأنه ممكن من الخروج من دارهم ، فلا يكون تبعًا لهم ، فلا تبطل عصمته م: **(وخص الخطأ بالكفارة ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا)** ش: خلافًا للشافعي – رحمه الله – .

* * *

فصل

وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ، ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية ، والأصل فيه أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية ، لأنه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلتحقق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة ، والحلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة ، لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإذا مكث سنة فهو ذمي ، لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزماً بالجزية ، فيصير ذمياً ، وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين .

م: **(فصل)**

ش: أي هذا فصل في بيان حكم المستأمن من أهل الحرب .

م: **(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمنًا)** ش: أي حال كونه مستأمنًا م: **(لم يمكن أن يقيم في دارنا)** ش: أي في دار الإسلام م :**(سنة ، ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية، والأصل فيه)** ش: أي في أصل هذا الحكم م :**(أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية)** ش: تضرب عليه .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الحربي المستأمن م: **(يصير عينًا لهم)** ش: أي ديدبانًا وجاسوسًا م: **(وعونًا)** ش: أي ظهيراً م: **(علينا)** ش: والعون هو الظهير على الأمر والجمع أعوان م: **(فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة)** ش: وهي الطعام تمتاره الأسنان من مار يمير . وقيل الميرة بكسر الميم وسكون الياء الطعام ، والميرة بالهمزة التميمة .

م: **(والحلب)** ش: أي وقطع الحلب بفتحتين ، وهو كل شيء يحلب من إبل وخيل وغنم وغيرها من الحيوانات م: **(وسد باب التجارة)** ش: أي وفي منع المدة اليسيرة سد باب التجارة ، وفيه ضرر أيضًا م: **(ففصلنا بينهما)** ش: أي بين الإقامة الدائمة والمدة اليسيرة م: **(بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ثم إن رجع بعد مقالة الإمام)** ش: أي ثم إذا أراد أن يرجع بعد مقالة الإمام ، أي بعد أن قال له الإمام : إن أقمت سنة وضعت عليك الجزية م: **(قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه)** ش: أي لا يمنع من الرجوع .

م: **(وإذا مكث سنة فهو ذمي ،لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزمًا بالجزية فيصير ذميًا)** ش: لأنه أقام مدة مضروبة عليه ، والذمي لا يجوز رجوعه إلى دار الحرب م: **(وللإمام أن يوقت في ذلك)** ش: أي في ضرب المدة م: **(ما دون السنة كالشهر والشهرين)** ش: على حسب ما يرى من المصلحة .

وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذميا لما قلنا ، ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا ، وفيه مضرة بالمسلمين ، فإن دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى أرض خراج ، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فإذا التزمه صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما مجرد الشراء لا يصير ذمياً ، لأنه قد يشتريها للتجارة ، وإذا لزمه خراج الأرض، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة ، لأنه يصير ذمياً بلزومه الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج

م: (وإذا أقامها) ش: أى المدة م: (بعد مقالة الإمام يصير ذميًا لما قلنا) ش: إشارة إلى قوله ، لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزمًا بالجزية .

وفي «فتاوى العتابي» : لو أقام سنتين من غير أن يتقدم عليه الإمام فله أن يرجع إلا إذا قال الإمام : إذا رجعت إلي كذا وإلا جعلتك ذميًا فلم يرجع ، صار ذميًا ، فوجب عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة ، إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ .

م: (ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض) ش: لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام لا ينقض ، فكذا خلفه م: (كيف) ش: أي كيف ينقض .

م: (وأن فيه) ش: بفتح الهمزة بخط شيخي م: (قطع الجزية وجعل ولده) ش: ذلك م: (حربا علينا) ش: بطريق التوالد والتناسل م: (وفيه) ش: أي وفي نقض عقد الذمة م: (مضرة بالمسلمين) ش: وهو ظاهر .

م: (فإن دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى أرض خراج ، فإذا وضع عليه الخراج) ش: أي وضع عليه م: (فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) ش: لأن لكل منهما حكم متعلق بالمقام في دارنا ، فصار ذميًا ضرورة م: (فإذا التزمه) ش: أي فإذا التزم الخراج م: (صار ملتزمًا بالمقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذميًا ، لأنه قد يشتريها للتجارة) ش: وبه صرح الكرخي - رحمه الله- في مختصره . ومن المشايخ - رحمهم الله - من قال يصير ذميًا بمجرد الشراء ، ذكره قاضي خان - رحمه الله - .

م: (وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة ، لأنه يصير ذميًا بلزومه الخراج ، فتعتبر المدة من وقت وجوبه) ش: أي وقت وجوب الخراج م: (وقوله في الكتاب) ش: أي وقول محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» م: (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج) ش: على صيغة المجهول من باب التفعيل . وقال الأترازي : فيخرج على صيغة

عليه أحكام جمة فلا يغفل عنه . وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية ؛ لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج ، وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً ، لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده ، فلم يكن ملتزماً المقام . ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم ، فقد صار دمه مباحاً بالعود ، لأنه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر ، فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه ، وصارت الوديعة فيئاً . أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً ، لأن يد المودع كيده . فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة ،

المبني للفاعل ، يقال : خرجته فتخرج م: (عليه أحكام جمة) ش: أي على شرط الوضع أحكام جمة ، أي كثيرة ، والجم الكثير من كل شيء ، ومادته جيم وميم .

ومن الأحكام : المنع من الخروج إلى دار الحرب ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطأ ، وجريان القصاص بينه وبين المسلمين عندنا ، ووجوب كل حكم يثبت في حق الذمي م: (فلا يغفل عنه) ش: على صيغة المجهول ، ففي عنه أي عن شرط الوضع ، لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله .

م: **(وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميًا صارت ذمية ، لأنها التزمت المقام تبعًا للزوج)** ش: فيجري عليها أحكام أهل الذمة من وضع الخراج على أرضها ومنع الخروج إلى دار الحرب. وقالت الأئمة الثلاثة : لا تصير ذمية ، ولا تمنع من الخروج إذا الزوج فارقها .

م: **(وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميًا لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع إلى بلده فلم يكن ملتزمًا بالمقام ، ولو أن حربيًا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينًا)** ش: أي أو ترك دينًا .

م: **(في ذمتهم)** ش: أي في ذمة المسلمين أو في ذمة أهل الذمة م: **(فقد صار دمه مباحًا بالعود)** ش: إلى دار الحرب م: **(لأنه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر)** ش: أي تردد ، وبين التردد بحرف الفاء في قوله م: **(فإن أسر أو ظهر على الدار)** ش: أي دار الحرب ، وكل واحد منهما على صيغة المجهول م: **(فقتل)** ش: مجهول أيضًا م: **(سقطت ديونه)** ش: أي عن الذين عليهم ديونه م: **(وصارت الوديعة فيئًا)** ش: أي غنيمة .

م: **(أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً ، لأن يد المودع)** ش: بفتح الدال م: **(كيده ، فيصير فيئًا تبعًا لنفسه ، وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت)** ش: أي المطالبة ،

م: **(ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة)** ش: أي يد الذي عليه الدين أسبق إليه من يد العامة ،

فيختص به . وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال : وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين

أي يد كل واحد من الناس لسبق يده م: (**فيختص به**) ش: أي فيختص من عليه الدين بالدين الذي عليه ، يعني لا يطالبه أحد ، فإذا كان كذلك فيسقط ، أي الدين لسقوط المطالبة .

م: (**وإن قتل**) ش: على صيغة المجهول أيضًا ، أي هذا الحربي الذي دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب م: (**ولم يظهر على الدار**) ش: على صيغة المجهول أيضًا ، أي لم يغلب عليها م: (**فالقرض**) ش: الذي عند الناس .

م: (**والوديعة**) ش: التي عند المودع م: (**لورثته**) ش: وعند الشافعي - رحمه الله - تكون الوديعة لورثته . وفي الديون قولان ، أحدهما أنها لورثته ، والآخر أنها غنيمة .

م: (**وكذلك**) ش: أى الحكم م :(**إذا مات**) ش: هذا الحربي حتى يكون قرضه وديعة لورثته م: (**لأن نفسه لم تصر مغنومة ، فكذلك ماله**) ش: لا يصير مغنومًا .

م: (**وهذا**) ش: أي عدم كون نفسه مغنومة م: (**لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه**) ش: في حياته م: (**أو على ورثته من بعده**) ش: لأن يد المودع كيده ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله .

فإن قيل : ينبغي أن يصير فيئًا كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فيكون فيئًا ، ولا تكون يد المودع كيده .

قلنا : عصمة المال لما كانت ثابتة في دار الإسلام معصومًا من وجه دون وجه ، فلا تصير معصومة بالشك ، أما ها هنا العصمة ثابتة عند الإيداع ولم يظهر على دار الحرب، فكانت العصمة باقية كما كانت في دار الإسلام دار العصمة ، وإليه أشار قاضي خان - رحمه الله - م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وما أوجف عليه المسلمون**) ش: يقال : وما أوجف الفرس أو البعير عدا وجفا وأوجفه صاحبه إيجافًا ، ويقال : وجف البعير وجفًا ووجيفًا ، وهو ضرب من مشي الإبل ، وربما استعمل في الخيل ، وأوجفت البعير إذا حملته على الوجيف ، والمعنى الذي أوجف عليه المسلمون ، أي أعملوا خيالهم وركائبهم .

وفي بعض النسخ وما أوجف المسلمون عليهم: (**من أموال**) ش: أي من أموال م: (**أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين**) ش: كعمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الأنهار العظام التي لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ، ومن مصالح المسلمين الصرف

كما يصرف الخراج ، قالوا : هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك. وقال الشافعي -رحمه الله- : فيهما الخمس اعتباراً بالغنيمة . ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ -رضي الله عنهما- ووضع في بيت المال ولم يخمس ،

إلى أرزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وأرزاق المقاتلة ، ومنها أن يصرف إلى رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يقسم ما أوجف عليه المسلمون فأربعة أخماسه للنبي ﷺ ، وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس للنبي -عليه السلام- ، ففي نصيبه بعد وفاته قولان :

في قول : يصرف إلى مصالح المسلمين ، وفي قول إلى المقاتلة ، وكذلك قال في الجزية م: (**كما يصرف الخراج**) ش: أي في مصالح المسلمين .

م: (**قالوا**) ش: أي مشايخنا - رحمهم الله - : م: (**هو**) ش: يرجع إلى قوله وما أوجف المسلمون عليه م: (**مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها**) ش: أي أجلى المسلمون أهل تلك الأراضي عنها ، أي أخرجوهم عنها ، يقال : جلى السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا ، أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى ، والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن والإخراج .

م: (**والجزية**) ش: قال الأترازي : والجزية بالجر عطفًا على قوله الأراضي ، أي هذا مثل الأراضي ومثل الجزية ، وكذا قال غيره من الشراح ، وقال تاج الشريعة - رحمه الله- : والجزية إن رفعتها تكون معطوفة على مثل وإن خفضتها تكون عطفًا على الأراضي م: (**ولا خمس في ذلك**) ش: أي فيما أوجف عليه المسلمون .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : فيهما الخمس**) ش: أى في الأراضي التي أجلوا أهلها عنها مثل الجزية . وفي بعض النسخ وفيها بإفراد الضمير ، أي في الثلاثة الاثنان المذكوران والخراج ، وقد بينا قول الشافعي مفصلاً عن قريب م: (**اعتباراً بالغنيمة**) ش: أي قياسًا عليها وسيجيء الجواب عنه .

م: (**ولنا ما روي أنه -عليه السلام- أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ - رضي الله عنهما - ووضع في بيت المال ولم يخمس**) ش: لم يذكر أحد من الشراح الذين وقفت على شروحهم شيئًا ما يتعلق بقوله ولنا ما روي إلى آخره ، ورأيت في بعض نسخ «الهداية» ، وكذا عمر وعثمان ومعاذ ، ثم شطب على قوله عثمان ، والشطب صحيح ، وفي بعضها ولنا ما روي عن علي - رضي الله عنه- أنه أخذ الجزية .

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتـال ، بخلاف الغنيمة، لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى ، واستحقه الغانمون بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس .

وكذا عمرومعاذ - رضي الله عنهما - ، وشطب على قوله عن علي ، والشطب صحيح ، والنسخة الصحيحة ما كتبناها أولاً وهي ولنا ما روي أنه -عليه السلام- إلى قوله ولم يخمس ، وكذا نسخة شيخي العلاء وكتب بخط يده تحت قوله- عليه السلام- أخذ الجزية يعني من مجوس هجر ، و كتب تحت قـوله وكذا عـمر من أهل السواد ، وكتب تحت قوله ومـعاذ يعني من أهل اليمن، ولـم يذكر شيئًا غير ذلك .

وذكر مخرج أحاديث الهداية فقال : الحديث الثالث روي أن النبي ﷺ فذكره مثل ما ذكر المصنف ، ثم قال : أخرج أبو داود في كتاب الخراج عن أبي معد الكندي أن عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - كـتب أن من سـأل عن مواضع الفيء فهي ما حكم فيه عـمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فرآه المؤمنون عدلاً موافقًا لقول النبي ﷺ: « **جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه** » فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب بخمس ولا بغنم[1] ثم قال: وهـو ضـعيف فإن فيـه مجهولاً . وعـمر بن عـبد العزيز لم يدرك عـمر بن الخطاب - رضي الله عنه - .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المأخوذ بإيجاف المسلمين م: (**مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال**) ش: بل أخذ منهم بالرعب من المسلمين فلم يصح اعتباره بالغنيمة م: (**بخلاف الغنيـمة ، لأنه**) ش: أى لأن الغنيمة بتأويل المغنوم م :(**مملوك بمباشرة الغـانمين ، وبقوة المسلمين**) ش: يعني مملوك بسببين وهما مباشرة الغـانمين وقوة المسلمين ، فلما كـان السبب مـختلفًا اختلف الاستحقاق أيضًا م: (**فاستحق الخمس بمعنى**) ش: وهو الرعب م: (**واستحقه الغانمون بمعنى**) ش: وهو مباشرتهم القتال م: (**وفي هـذا**) ش: أى فيـما أوجف المسلمون عليه م: (**السبب واحـد**) ش: وهو الرعب بظهر المسلمين، لأنه لم يوجد السعي من القراءة فلم ينقض الاستحقاق ، فكان بين جماعة المسلمين .

م: (**وهو ما ذكرناه**) ش: إشارة إلى قوله ، لأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين بغير قتال م: (**فلا معنى لإيجاب الخمس**) ش: لأنه تعالى قال : ﴿ **فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب** ﴾ (الحشر : الآية ٦) ، فيجعل كله للمسلمين .

---

(١) أبو داود في كتاب الخراج - باب تدوين العطاء [٢٩٦١] .

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم ها هنا ، ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر ، لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع ، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل ، وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة ، وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده ، وما سوى ذلك فيء ،

م: (**وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ، ومال أودع بعضه ذميًا وبعضه حربيًا وبعضه مسلمًا فأسلم ها هنا**) ش: أي في دار الإسلام م :(**ثم ظهر**) ش: على صيغة المجهول ، أي غلب م: (**على الدار**) ش: أي على دار الحرب .

م: (**فذلك**) ش: أي المذكور م: (**كله فيء**) ش: أي غنيمة م: (**أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر**) ش: أي في كونهم فيئًا م: (**لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع**) ش: أي بالبلوغ م: (**وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً**) ش: أي وكذلك الجنين فيء لأنه تابع للإسلام في الرق والجزية م: (**لما قلنا من قبل**) ش: إشارة إلى ما قال في باب الغنائم بقوله ولنا أنه جزؤها فيرق برقها .

م: (**وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلمًا تبعًا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته، ومع تباين الدارين**) ش: أي دار الإسلام ودار الحرب م: (**لا يتحقق ذلك**) ش: أي كونه تابعًا لإسلام أبيه م: (**وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئًا وغنيمة**) ش: وذلك أن الأصل أن تكون الأموال بأيدي الملاك بالعرف .

فإن قلت : قوله عليه السلام : « **عصموا مني دماءهم وأموالهم** » .

قلت : هذا باعتبار الغلبة ، يعني المال الذي في يده أو ما هو في معناه للعرف لأن من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة .

م: (**وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء**) ش: إلى دار الإسلام م :(**فظهر على الدار**) ش: أي دار الحرب م: (**فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعًا لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة**) ش: أي إن الدار كانت واحدة في حالة الإسلام ، ولم يوجد حينئذ ما يمنع التبعية وهو تباين الدارين .

م: (**وما كان من مال أودعه مسلمًا أو ذميًا فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء**) ش: أراد به المرأة وأولاده الكبار والمال الذي غصبه مسلم أو ذمي أو كان مودعًا عند حربي م:

أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا ، وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً لأن يد الحربي ليست يداً محترمة . وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ . وقال الشافعي: -رحمه الله- : تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ، لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلياً للكرامة وهذا ، لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها ، وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به ، فيكون وصفاً

(أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا) ش: أشار به إلى قوله ، لأنهم حربيون كبار م: (**وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصومًا ، لأن يد الحربي ليست يدًا محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدًا أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة**) ش: وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في «الجامع الصغير» وغيره .

وروي عن أبي حنيفة قال : لا دية عليه ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم . وعن أبي يوسف - رحمه الله - قال : أضمنه الدية وأجعل عليهم م :(**في الخطأ**) ش: الكفارة . وأستحسن ذلك وأدع القياس كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - ، كذا ذكره الكرخي في مختصره .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد**) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاتل م: (**أراق دمًا معصومًا لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه**) ش: أي لكون الإسلام م :(**مستجليًا للكرامة**) ش: يعني أن الإسلام مستجلٍ للكرامة . وفي بعض النسخ لكونه مستجلبًا للكرامة . وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة ، فتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات وهو الإسلام إذ به تحصل السعادة الأبدية التي هي جماد ولا أثر لها في استحقاق الكرامة . ومن أراق دمًا معصومًا إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة ، وإن كان عمدًا ففيه القصاص ، كما لو فعل ذلك في دار الإسلام .

م: (**وهذا**) ش: أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد م: (**لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها**) ش: أي بالمؤثمة ، فإن من علم أنه يأثم بقتل الزجر عنه نظرًا إلى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال م: (**وهي**) ش: أي العصمة م: (**ثابتة**) ش: أى بالإسلام م :(**إجماعًا**) ش: لأنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلمًا ، أي في موضع كان .

م: (**والمقومة**) ش: أى العصمة المقومة . م: (**كمال فيه**) ش: أي في أصل العصمة م: (**لكمال الامتناع به**) ش: أي بأصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان في ذلك أكمل ، وأثم في المنع من الذي وجب في الإثم دون المال . م: (**فيكون وصفًا فيه**) ش: أي فيكون الكمال وصفًا في ذلك

فيه فتتعلق بما علق به الأصل . ولنا قوله تعالى :﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (النساء:الآية٩٢) ، جعل التحرير كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء ، أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية ؛ لأن الآدمي خلق متحملاً لأعباء التكليف ، والقيام بها

الأصل وهو العصمة المؤثمة م: (**فيتعلق**) ش: أي يتعلق الوصف الذي هو المقومة بالإسلام م :(**بما علق به الأصل**) ش: وهو العصمة المؤثمة ، وهي تتعلق بنفس الإسلام ، وكذا العصمة المقومة أيضاً فتثبت العصمة به جميعًا بالإسلام، فتجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر إلينا .

م: (**ولنا قوله تعالى : ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (النساء : الآية ٩٢)**) ش: وإن أبا حنيفة يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا ، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير .

ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى بين المؤمن المطلق ، وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل، فجعل الحكم في الأول الكفارة بقوله : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله : ﴿فتحرير رقبة ﴾ بيان ذلك من وجهين :

أحدهما : م: (**جعل التحرير كل الموجب**) ش: بفتح الجيم م :(**رجوعًا**) ش: أي من حيث الرجوع م: (**إلى حرف الفاء**) ش: فإنه للجزاء ، والجزاء اسم لما يكون كافيًا ، فإذا كان كافيًا كان كل الموجب ، فإذا وجب غيره ما يكون التحرير كافيًا ولا كل الجزاء .

والوجه الثاني : وهو قوله م: (**أو إلى كونه**) ش: أي أو رجوعًا إلى كونه التحرير م: (**كل المذكور**) ش: حيث لم يذكر غيره م: (**فينتفي غيره**) ش: أى غير التحرير ، لأن قصد الشارع في مثله إخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان الحكم كله . فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان .

وقال مولانا حافظ الدين : بيان الشارع على نوعين : بيان كفاية وبيان نهاية ، وها هنا بيان النهاية ، فلا يجوز أن تكون الدية واجبة ولا ذكرها ، إذ لو وجبت لكان البيان قاصراً ، فيلزم التكرار .

م: (**ولأن العصمة المؤثمة**) ش: هذا دليل معقول ، بيان ذلك أن العصمة المؤثمة متعلقة م: (**بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملاً لأعباء التكليف**) ش: أي لأثقاله جمع عبأ بالكسر وهو المحل، ومن خلا من شيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكاليف م: (**والقيام بها**)

بحرمة التعرض ، والأموال تابعة لها ، أما المقومة فالأصل فيها الأموال ، لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت ، وذلك في الأموال دون النفوس، لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ، ثم العصمة المقومة في الأموال تكون بالإحراز بالدار ، لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة . لما أنه أوجب إبطالها ،

ش: أي بأعباء التكاليف إنما يكون م: (**بحرمة التعرض**) ش: فالآدمي وجب أن يكون حرام التعرض مطلقًا ، إلا أن الله أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فإذا زال الكفر بالإسلام عاد على الأصل م: (**والأموال تابعة لها**) ش: أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها ، لأن الأموال جعلت في الأصل مباحة ، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته ، فكانت تابعة للآدمية .

م: (**أما المقومة**) ش: أي أما العصمة المقومة م: (**فالأصل فيها الأموال**) ش: يعني الأصل في المتقومة غير الآدمي م: (**لأن التقوم يؤذن**) ش: أي يشعر م: (**بجبر الفائت**) ش: ومعنى الجبر يتحقق في الأموال دون النفوس ، إذ من شرط الجبر التماثل م: (**وذلك في الأموال دون النفوس ، لأن من شرطه التماثل**) ش: أي من شرط الجبر التماثل صورة ومعنى ، كما في ذوات الأمثال أو معنى فقط ، كما في ذوات القيم م :(**وهو في المال دون النفس**) ش: لأنه يتحقق في النفس ، فإذا كان كذلك م: (**فكانت النفوس تابعة**) ش: للأموال في التقوم في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء ، والعصمة المقومة أصل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه .

م: (**ثم العصمة المقومة في الأموال تكون بالإحراز بالدار**) ش: أي بدار الإسلام ، لأنها عزة فلا تكون بغيره م: (**لأن العزة بالمنعة**) ش: أي منعة المسلمين ، لأن التقويم يبنى على خطر المحل ، والخطر إنما يثبت إذا كان ممنوعًا عن الأخذ ، إذ فيما تصل إليه الأيدي بلا منازع ، وإلا موانع لا تكون خطيرة كالماء والتراب ، فعلقنا التقويم بالإحراز بالمنعة ، وأما الإسلام فلا يؤثر في إناءة العصمة المقومة ، لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا ، وإنما وضع لاكتساب الآخرة ، وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة .

م: (**فكذلك في النفوس**) ش: لأنها تابعة لها كما ذكرنا ، لكن لا صفة لدار الحرب ، وهو معنى قوله م: (**إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة ، لما أنه**) ش: أي أن الشرع م: (**أوجب إبطالها**) ش: أي أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة ، وإذا لم يكن منعة لا يوجب الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة . وإذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية .

والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكماً لقصدهما الانتقال إليها . ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام ،

وقال الأكمل : هذا في غاية التحقيق خلا أنه يوهم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز إلى دارهم كما قال به الشافعي ، ودفعه بأن معنى قوله : إن الشرع أسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وإحراز أموالنا باليد المحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة .

م: **(والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم)** ش: أي دار أهل الحرب م: **(حكمًا)** ش: أي من حيث الحكم ، وهذا جواب عما يقال : إن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام ، فيجب أن يتقوم مالهم تقومًا حتى لا تجب الدية بقتلهما .

فأجاب : بينهما من أهل دارهم حكمًا م: **(لقصدهما الانتقال إليها)** ش: أي إلى دار الحرب وكون المستأمن من أهل دارهم ظاهر ، ولاشك في قصده الانتقال ، وأما المرتد فكذلك ، لأنه يقصد الانتقال رجوعًا عن القتل .

وقيل الدار داران عندنا دار الإسلام ودار الحرب . وعند الشافعي الدنيا دار واحدة ، والبلاد أجزاؤها ، فلا تتغاير أحكامها .

ونحن نقول المراد بدار الإسلام بلاد تجري فيها أحكام الإسلام ، وبلاد الحرب بلاد يجري فيها أمر عظيمهم ، وتكون تحت قهره ، فتغايرا اسمًا ووصفًا فيتغايران حكمًا .

وعلى هذا الأصل مسائل فيها هذه :

ومنها : أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم به عتق مدبروه ، وأمهات أولاده ، وتنفسخ إجارته على ما يجيء في بابه إن شاء الله تعالى .

ومنها : وقوع الفرقة بتباين الدارين .

ومنها : وجوب الحد على من زنى في دار الحرب .

ومنها : استحقاق سهم الفرسان إذا جاوز الدرب فارسًا فنفق فرسه وقاتل راجلاً .

ومنها : عدم جواز القسمة في دارهم وغير ذلك من الأحكام .

م: **(ومن قتل مسلمًا خطأً لا ولي له ، أو قتل حربيًا دخل إلينا بأمان)** ش: أي إلى دار الإسلام م : **(فأسلم فالدية على عاقلته للإمام)** ش: أي على عاقلة القاتل الدية للإمام .

وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطأ ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له ، لأنه لا وارث له ، وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله ، وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان ، قال النبي ﷺ : «السلطان ولي من لا ولي له » ، وقوله إن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد هو القود عيناً ، وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسألة من القود ،

وفي بعض النسخ على العاقلة للإمام م :(**وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفسًا معصومة خطأ ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة**) ش: أما المسلم فلقوله تعالى : ﴿ **ومن قتل مؤمنًا خطأ** ﴾ ... (النساء : الآية ٩٢) ، وأما المستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا ، فصار حكمه حكم سائر المسلمين ، وللإمام أن يأخذ ديتها ويضعها في بيت المال لعدم الوارث .

م: (**ومعنى قوله للإمام**) ش: أي معنى قول محمد للإمام م :(**أن حق الأخذ له ، لأنه لا وارث له وإن كان عمدًا**) ش: أي وإن كان قتل المذكورين عمدًا ، أي قتلاً عمدًا م: (**فإن شاء الإمام قتله**) ش: أي القاتل م: (**وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة ، والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان**) .

ش: اعترض عليه : بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه ، كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث .

وأجيب : بأن الإمام ها هنا نائب عن العامة ، فصار كأن الولي واحد ، بخلاف مسألة المكاتب .

م: (**قال النبي ﷺ : « السلطان ولي من لا ولي له »**) ش: هذا قطعة من حديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ : « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** »[1] وقال الترمذي : حديث حسن ، وقد تقدم الكلام فيه في أوائل النكاح .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول محمد في« الجامع الصغير» م: (**وإن شاء أخذ الدية ، معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد هو القود عينًا**) ش: أي القصاص معينًا م: (**وهذا**) ش: أي جواز أخذ الدية هنا م: (**لأن الدية أنفع في هذه المسألة من القود**) ش: أي القصاص ، والحق للعامة والإمام

---

(١) أبو داود في « باب في الولي » [٢٠٨٣] ، الترمذي في باب « ما جاء لانكاح إلا بولي » [١١١٤]، الحاكم في المستدرك باب « السلطان ولي من لا ولي له ، ص ١٦٨ ، ابن ماجة [١٨٧٩].

فلهـذا كان له ولاية الصلح عـلى المال ، وليس له أن يعفـو ؛ لأن الحق للعـامة ، وولايتـه نظرية ، وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض .

كالنائب عنهم م :(**فلهذا كان له ولاية الصلح على المال ، وليس له أن يعـفو ، لأن الحق للعامة**) ش: أي لعامة الناس م: (**وولايته**) ش: أي ولاية الإمام م : (**نظري وليس من النظر إسقـاط حقهم**) ش: أي حق العامة م: (**من غير عوض**) ش: عن القتل . وإذا كان المقتول لقيطًا فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل ، و الكفارة عليه . وإن كان عمدًا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الدية عليه في مسألة ولا أقتله به ، قيل إني لا أعرف له وليًا ، كذا ذكره الحاكم في «الكافي » وشمس الأئمة البيهقي في «الشامل» .

* * *

باب العشر والخراج

قال : أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام . والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ، ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان ؛

م: (**باب العشر والخراج**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم العشر والخراج . والعشر لغة أحد الأجزاء العشرة ، والخراج اسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجًا ، فيقال أدى فلان خراج أرضه ، وأدى أهل خراج رؤوسهم ، يعني الجزية .

م: (**قال : أرض العرب كلها أرض عشر**) ش: قال الكرخي في مختصره : أرض العرب كلها أرض عشر ، وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . قال القدوري : ما ذكره المصنف بقوله .

م: (**وهي**) ش: أي أرض العرب ، وفي بعض النسخ وهو، قال الكاكي : ذكره بالنظر إلى خبره ، وهو ما يعني كلمة ما التي في قوله م: (**ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام**) ش: أي حد الشام عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة وبالباء الموحدة ، وهو ماء التميم . والحجر بفتحتين يعني الصخر ، لأنه وقع في أمالي أبي يوسف الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف .

ومهرة بفتح الهاء والسكون اسم رجل ، وقيل اسم قبيلة تنسب إليها الإبل المهرية ، وسمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن ، هذا أطول أرض العرب . وأما عرضها من يسرين والدهناء ورمل عالج إلى مشارق الشام ، أي قراها .

م: (**والسواد أرض خراج**) ش: أى أرض سواد العراق ،أي قراها أرض خراج ، وبه صرح التمرتاشي . وسمي السواد لخضرة أشجاره وزروعه م: (**وهو**) ش: أي السواد م: (**ما بين العذيب إلى عقبة حلوان**) ش: بضم الحاء اسم بلد . وقال الأترازي : المراد من السواد المذكور سواد الكوفة، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضًا ، ومن العلث إلى عبادان طولاً . وأما سواد البصرة قال الأهواز وفارس .

وقال المصنف : م: (**ومن الثعلبية ، ويقال من العلث إلى عبادان**) ش: وقال الأترازي : وما قيل من الثعلبية إلى عبادان غلط ، لأن الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير ، والعلث بفتح العين وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة ، وهو أول العراق

لأن النبي -عليه السلام- والخلفاء الراشدين -رضي الله عنهم - لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ، لأنه بمنزلة الفيء ، فلا يثبت في أراضيهم، كما لا يثبت في رقابهم ، وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ، ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وعمر - رضي الله عنه - حين فتح سواد العراق وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم - ،

شرقي دجلة ، وعبادان بتشديد الباء الموحدة حضر صغير على شط البحر ، وفي المثل ما وراء عبادان قرية .

وفي شرح «الوجيز» سواد العراق من عبادان إلى حديثة الموصل طولاً ، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضًا ، وطوله مائة وستون فرسخًا ، وعرضه ثمانون فرسخًا ، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب .

م: (**لأن النبي -عليه السلام - والخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب**) ش: هذا ليس له أصل في كتب الحديث ، ولم يذكر أحد من الشراح حال هذا الحديث بالكلية ، غير أن الأترازي ذكره مثل ما ذكره المصنف ، ثم قال : والأرض لا تخلو من أحد الحقين ، يعني العشر والخراج ، فدل أن الذي ذكره المصنف على أن أرض العرب عشرية .

م: (**لأنه**) ش: أي ولأن الخراج م: (**بمنزلة الفيء**) ش: من حيث إنه لا يبتدئه المسلم م :(**فلا يثبت**) ش: أي الخراج م: (**في أراضيهم**) ش: أي في أراضي العرب م: (**كما لا يثبت في رقابهم**) ش: لأن شرط وضعه في الرقاب إقرار أهلها عليها على الكفر ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف كما يذكره المصنف الآن م: (**وهذا لأن وضع الخراج**) ش: على أرض العرب م: (**من شرطه**) ش: أي من شرط الوضع م: (**أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق**) ش: حيث وضع عليه الخراج كما يجيء الآن .

م: (**ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وعمر - رضي الله عنه - حين فتح سواد العراق وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة- رضي الله عنهم**) ش: وكان فتح سواد العراق على يدي سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - في خلافة عمر - رضي الله عنه - ، وكان ابتداء سعد في غزو العراق في سنة أربع عشرة لم يزل يفتح مدنه إلى سنة سبعة عشر .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن أبي مهر عن الشيباني عن أبي عبيد الله الثقفي قال وضع عمر - رضي الله عنه - على أهل السواد على كل جريب يبلغه الماء عامرًا ودامرًا درهمًا وقفيزًا من طعامهم ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة . ولم يضع على النخل

ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ، وكذا اجتمعت الصحابة - رضي الله عنهم - على وضع الخراج على الشام . قال : وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها ، لأن الإمام إذا فتح أرضًا عنوة وقهرًا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ، وقد قدمناه من قبل ،

شيئًا جعله تبعًا للأرض .

م: **(ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص)** ش: وكان فتح مصر في سنة عشرين من الهجرة . قال الأترازي : وضع عمر - رضي الله عنه - الخراج على مصر حين افتتحت صلحًا على يد عمرو بن العاص ، انتهى .

وقال الواقدي : حدثني من سمع صالح بن كيسان يخبر عن يعقوب بن عيينة عن شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة ، واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم عمرو بن العاص بعد وضع الجزية في رقابهم ، ووضع الخراج على أرضهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ذلك .

م: **(وكذا اجتمعت الصحابة - رضي الله عنهم -على وضع الخراج على الشام)** ش: قال الأترازي : وضع عمر ابن الخطاب الخراج على الشام حين افتتح بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحًا دون أراضيها . وأما أراضيها ففتحت عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد - رضي الله عنهم - انتهى . قلت قال ابن كثير : اختلفت العلماء في دمشق هل فتحت صلحًا أو عنوة ، فأكثر العلماء على أنه استقر أمرها على الصلح ، وقيل بل جعل نصفها صلحًا ونصفها عنوة ، ونصر بن إسحاق وسيف بن عمر وظيفة بن خياط وأبو عبيدة وآخرون أن فتح دمشق كان في سنة أربع عشرة من الهجرة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وأرض السواد مملوكة لأهلها)** ش: هو سواد العراق كما ذكرناه م: **(يجوز بيعهم لها)** ش: أي للأرض م: **(وتصرفهم فيها)** ش: أي في أرض السواد بأي نوع كان من أنواع التصرفات م: **(لأن الإمام إذا فتح أرضًا عنوة وقهرًا)** ش: عطف قهرًا على عنوة عطف تفسير م: **(له)** ش: أي للإمام م :**(أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج)** ش: والمراد من الخراج على الرؤوس الجزية .

ولما جاز إقرار الإمام إياهم على أراضيهم م :**(فتبقى الأرض مملوكة لأهلها)** ش: يتصرفون فيها كيفما شاءوا ولهم بيعها وغير ذلك م: **(وقد قدمناه من قبل)** ش: أي في باب قسمة الغنائم ، وقال الشافعي - في الأظهر - ومالك وأحمد: لا يجوز بيعها وهبتها وحبسها لأهلها ، لأنها موقوفة على المسلمين . وعن الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر أهلها عليها .

قال : وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة ، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج . وكذا إذا صالحهم، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به . ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله -عليه السلام- فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج .وفي «الجامع الصغير» كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما

والحجة عليه فعل عمر - رضي الله عنه - حين فتح العراق بمحضر من الصحابة من غير نكير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم**) ش: أي لأن الحق المتعلق لها ابتدأ به المسلم م :(**والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة**) ش: ولهذا تصرف الصدقات م: (**وكذا هو**) ش: أي العشر م: (**أخف**) ش: أي عن الخراج م: (**حيث يتعلق بنفس الخارج**) ش: لأنه لا يجب حتى يوجد الخارج .

م: (**وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج ، وكذا إذا صالحهم ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به**) ش: أي بالكافر ، لأن فيه معنى العقوبة ، لأنه يشبه الجزية التي هي العقوبة على الكافر ، ولأن في الخراج تغليظًا ، ولهذا أنه يجب وإن لم يزرع م: (**ومكة مخصوصة من هذا**) ش: هذا جواب القياس في أرض مكة الخراج، لأنها فتحت عنوة ، وقال : ومكة مخصوصة من هذا ، هذا جواب القياس ، فإن القياس في أرض مكة الخراج ، لأنها فتحت عنوة . وقال : مكة مخصوصة بفعل النبي ﷺ فكما لا رق على العرب ؛ فكذلك لا خراج على أراضيهم . وقيل جعلت مكة عشرية تعظيمًا لها .قوله من هذا ، أي من قوله وكل أرض فتحت عنوة . . إلى آخره م: (**فإن رسول الله عليه السلام فتحها**) ش: أي فتح مكة م: (**عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج**) ش: فيه وردت أحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه البخاري ومسلم عن أم هانئ أنها أجارت رجلاً من المشركين يوم الفتح ، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك فقال : «قد أجرنا من أجرت ، وأمنّا من أمنت » .

قال المنذري في «مختصره » : استدل بهذا الحديث على أن مكة فتحت عنوة ، إذ لو فتحت صلحًا لوقع به الإذن العام ، ولم يحتج إلى أمان أم هانئ ولا تجديره من النبي ﷺ .

م: (**وفي «الجامع الصغير»: كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج، وما**

لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية، ونماؤها بمائها ، فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج . ومن أحيا أرضًا مواتًا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ،

لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ، ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج) ش: وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» : فقوله ولو كانت البلدة خراجية ونحا رجل في بعض النواحي فإن سقاها من غير أن استيقظها أو من ماء السماء فهي عشرية ، وإن سقاها من الأنهار الصغار فهي خراجية .

وإن سقاها من الأنهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية أبي سليمان تكون خراجية ، ويجعلها تابعة للبلدة ، وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لأن هذا مباح كماء السماء .

فائدة :

خراسان ومرو والري فتحها عبد الله بن عامر بن كدير في خلافة عثمان بن عفان - رضي الله عنه - . وأما ما وراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عفان لمعاوية صلحًا ، وسمرقند وكشر ونصف وبخارى فتحت على يدي المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم ، والذي فتحها أبو موسى الأشعري في ولاية عثمان صلحًا ، وطبرية فتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان صلحًا ، ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان ودين سنة سبع وخمسين ومائة .

وأما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين . وأما كرمان ومستحناه ففتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحًا . وأما الأهواز وفارس وأصبهان ففتحت عنوة على يدي أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - .

وأما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جر ونهاوند على يدي سعيد والنعمان ابني مقرن .

والجزيرة فتحت صلحًا على يدي عياض بن غنم ، والجزيرة ما بين الفرات ودجلة ، والموصل من الجزيرة . وأما أرض الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين ، كذا ذكر القتبي .

م: (ومن أحيا أرضًا مواتًا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية) ش: أي معنى قول القدوري بحيزها بقربها ، وهذا تفسير المصنف لقول القدوري ، لأنه ذكره في مختصره .

والبصرة عنده كلها عشرة بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار ، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به . وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر ، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية ، لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة - رضي الله عنهم - وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم ،

قال في «ديوان الأدب»: حيز الناحية وجمعه أحياز جمع على لفظه ، وأصله من الواو ، قال في المجمل : القياس أحواز .

قلت لأن أصل حيز حَيوز ، لأنه من الحوزاء جمعت الياء والواو فسبقت إحداهما بالسكون فأبدلت الواو ياء ، وأدغمت الياء في الياء .

والمراد من قوله : ومن أحيا أرضًا مواتًا لمسلم ، فإن الذمي إذا أحيا أرضًا مواتًا تكون خراجية، كذا في شرح الطحاوي .

وعلى قياس أبي يوسف ينبغي أن تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز أرض الخراج وإن أحياها المسلمون ، إلا أن القياس ترك بإجماع الصحابة على توظيف العشر عليها . وهذا معنى قوله م: (**والبصرة عنده كلها عشرية بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: كذا : قاله أبوعمر وغيره م: (**لأن حيز الشيء يعطى له حكمه**) ش: أي حكم ذلك الشيء ، وهذا دليل أبي يوسف على مذهبه .

م: (**كفناء الدار يعطى له حكم الدار ، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به**) ش: أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره وإن لم يكن الفناء ملكًا له لاتصاله بملكه ، وقد ذكر في «المبسوط» : قال المستأجر لأجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ، فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياسًا ، لأنهم علموا بفساد الأمر فما منعهم .

وفي الاستحسان أن الضمان على المستأجر ، لأن كونه فناء منزله كونه مملوكًا له لإطلاق يده في التصرف فيه من القانطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان ، فعلم أن الفناء حق الانتفاع وإن لم يكن ملكًا له .

م: (**وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر**) ش: وفي بعض النسخ ، وكذا لا يجوز أخذ ما قرب العامر ، لأن لأهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر م: (**وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية**) ش: قيل هذا تكرار ، لأنه قال : والبصرة عشرية إلى آخره .

ورد عليه بأن الأول رواية القدوري وهذا شرح لذلك م: (**لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة - رضي الله عنهم -وظفوا عليها العشر ، فترك القياس لإجماعهم**) ش: أي لإجماع الصحابة على توظيف العشر على البصرة ، وقد ذكرناه .

وقال محمد - رحمه الله - : إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية ، وكذا إن أحياها بماء السماء ، وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ، فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء، إذ هو السبب للماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهًا ، فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية . قال : والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب

م: **(وقال محمد - رحمه الله - : إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية ، وكذا إن أحياها بماء السماء)** ش: أي المطر م: **(وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك)** ش: ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفة ، والمراد من الملك كسرى نوشيروان بن قباز ، وكان جميع ملكه سبعًا وأربعين سنة وسبعة أشهر .

وكسرى برويز من أولاده وهو برويز بن هرمز بن كسرى نوشيروان ، وقام على الملك ثمانيًا وثلاثين سنة م: **(ونهر يزدجرد)** ش: وهو يزدجرد بن شهريار بن كسرى ملك وهو ابن خمس عشرة سنة ، ثم لما قتل رستم في قتال سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - بالفارسية هرب يزدجرد إلى مرو في طريق سجستان فقتل هناك .

وكان جميع ملكه عشرين سنة وهو آخر ملوك العجم ، ولم يزل منهزمًا من أصحاب رسول الله ﷺ إلى خراسان وإلى بلاد الترك وعاد فقتل بمرو ، وكان ذلك في سنة إحدى وثلاثين في خلافة عثمان - رضي الله عنه - .

م: **(فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهًا ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماءالخراج دلالة التزامية)** ش: أي التزام الخراج فتكون الأرض خراجية م: **(قال : والخراج الذي وضعه عمر - رضي الله عنه - على أهل السواد من كل جريب)** ش: وهي أرض طولها ستون ذراعًا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ، وهي ست قبضات ، وذراع الملك سبع قبضات، كذا في «المغرب» .

وذكر التمرتاشي : أن طول الجريب ستون ذراعًا ، وعرضه ستون ذراعًا بذراع الملك .
وقيل : الجريب ما بذر فيه مائة رطل .

وقيل : الجريب ما بذر فيه من الحنطة ستون منًا في ديارنا . وقيل الجريب خمسون منًا في ديارنا .

وقيل : ما نقله مقدار ، كذا في «القنية» وفتاوى [. . .] وفي «الكافي» ما قيل الجريب ستون

يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ، ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ، ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم ،

في ستون حكاية عن جريبهم في أراضيهم ، وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيعتبر في كل بلد بتعارف أهله م: **(يبلغه الماء)** ش: جملة من الفعل والفاعل والمفعول صفة لجريب .

وقوله : م: **(قفيز هاشمي)** ش: خبر المبتدأ ، أعني قوله والخراج ، وفسروا القفيز الهاشمي بقوله: م: **(وهو الصاع ودرهم)** ش: الصاع ثمانية أرطال ، أي أربعة منًا ، خلافًا لأبي يوسف . وقال الأترازي اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكاكي للحاكم الشهيد و«الشامل» في شرح الطحاوي وشروح «الجامع الصغير» للفقيه أبي الليث فخر الإسلام البزدوي وغير ذلك . وقال الولوالجي في فتاواه : القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرطال ، وهو صاع رسول الله ﷺ ، وإنما نسب إلى الحجاجي أخرجه بعدما فقد ، وأنه يسع فيه ثمانية أرطال وهي أربعة منًا . وفي قول أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل ، وكذلك في «خلاصة الفتاوى» ، فإذا كان الحجاجي وهو صاع رسول الله ﷺ ، فكيف يقيد صاحب «الهداية» والشافعي بالهاشمي والهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً .

وقال محمد : القفيز قفيز الحجاج ، وهو ربع الهاشمي ، وهو مثل الصاع ، والصاع كان على عهد النبي ﷺ ثمانية أرطال .

وقال الأترازي : والمراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها ، كذا في «شرح الطحاوي» .

وقال الإمام ظهير الدين : إنه قفيز من حنطة أو شعير ، والمراد من الدرهم درهم يوزن سبعة .

م: **(ومن جريب الرطبة خمسة دراهم)** ش: الرطبة بفتح الراء . قال في «المغرب» : المفرد الرطب ، والجمع رطاب . ومنه حديث حذيفة وابن حنيف وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهماً من أرض الرطبة خمسة دراهم .

وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب ، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجري مجراه ، انتهى .

قلت : الرطبة هي التي يقولها أهل مصر البرسيم ، وأهل البلاد التركية ينجا بضم الياء أول الحروف وسكون النون وبالجيم مقصور .

م: **(ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم)** ش: قال تاج الشريعة : الكرم المتصل

وهذا هو المنقول عن عمر -رضي الله عنه- فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف جريب ، ووضع على ذلك ما قلنا ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم-

---

والنخيل ، والمتصلة ما يصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة بها م: **(وهذا هو المنقول عن عمر -رضي الله عنه)** ش: أشار به إلى الذي ذكره على الوجه المذكور منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه م: **(فإنه)** ش: أي فإن عمر م: **(بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف جريب)** ش: روى عبد الرزاق في « مصنفه »: أخبرنا معمر عن قتادة عن أبي محلف عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث عمر بن الخطاب عمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف رضي الله عنهم إلى الكوفة فجعل عماراً على الصلاة والقتال .

وجعل ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال ، وجعل عثمان بن حنيف على مساحة الأرض ، وجعل لهم كل يوم شاة ثم قال: ما أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة إلا سيسرع فيها ، ثم قال لهم : إني أنزلتكم في هذا المال ونفسي كوالي اليتيم ، من كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف .

قال : فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة ، فجعل على كل جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى كل جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة دراهم ، وعلى الجريب من الشعير درهمين ، وجعل على رأس كل رجل منهم أربعة وعشرين درهماً كل عام ، ولم يضرب على النساء والصبيان ، وأخذ من تجارهم من كل عشرين درهماً درهماً ، فرفع ذلك إلى عمر -رضي الله عنه- فرضي به ، انتهى .

وعثمان بن حنيف من أكابر الصحابة - رضي الله عنهم - وقد شهد أحدًا والمشاهد ، وكان النبي ﷺ آخى بينه وبين علي -رضي الله عنه- مات في خلافة معاوية ، وحذيفة بن اليمان هو حذيفة بن حسل بن جابر بن عمرو بن ربيعة اليمان ، وينسب إلى جده هذا ، سكن الكوفة ومات بالمدائن سنة ستة وثلاثين .

م: **(ووضع على ذلك ما قلنا)** ش: وقال الأترازي هكذا أثبت في النسخ ، وكأنه سهو من الكاتب ، لأن قياس الترتيب أن يقال وضع ذلك على ما قلنا ، أي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع ، وجريب الرطبة ، وجريب الكرم . ورأيت في شرح تاج الشريعة نقل ذلك على الصحة ، حيث قال : ووضع ذلك على ما قلنا ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك ، فدل هذا على أن تفسير التركيب من الناسخ الجاهل م: **(وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم-)** ش: أي

من غير نكير ، فكان إجماعاً ، ولأن المؤن متفاوتة ، فالكرم اخفها مؤنة ، والمزارع أكثرها مؤنة ، والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ، فجعل الواجب في الكرم في أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها ، قال : وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران

كان ما نقل عن عمر- رضي الله عنه- بحضور من صحابة رسول الله ﷺ م: (**من غير نكير ، فكان إجماعاً**) ش: أي من غير أن ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً على ذلك .

م: (**ولأن المؤن**) ش: بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة . وفي «المغرب» المؤنة الثقل بقوله من ما ثبت القوم إذا اجتمعت مؤنتهم ، وقيل من منت الرجل مؤنة . وقيل هي مفعلة عن الأون والأين ، والأول أصح .

وقال الجوهري : المؤنة تهمز ولا تهمز وهي فعولة . وقال الفراء هي مفعلة من الأين وهو التعب والشدة ، ويقال : هي مفعلة من الأون وهو الخروج والعدل ، لأنه ثقل على اللسان .

ومانت القوم أمانهم أماناً إذا حملت مؤنتهم . ومن ترك الهمزة قال منتهم م :(**متفاوتة**) ش: والتفاوت الفوت أثر في تفاوت الواجب .

ألا ترى أن الواجب فيما سقي سيحاً من الأرض العشرية وهو العشر ، وفيما سقي بغرب أو دالية أو سمانية نصف العشر .

م: (**فالكرم أخفها مؤنة**) ش: أي أخف الأشياء المذكورة وهي الرطبة ، والكرم والنخل وريعه أكثر ، فالواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم .

وهذا لأنه يبقى دهراً مديداً مع قلة المؤنة م: (**والمزارع أكثرها**) ش: أي أكثر الأشياء المذكورة م: (**مؤنة**) ش: لأن الزرع يحتاج فيه إلى الكرب وإلقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة .

م: (**والرطاب بينهما**) ش: أي بين الأخف والأكثر ، لأنه لا يحتاج إلى إلقاء البذر كل عام ولا بذرية فيها أصلاً وتدوم أعواماً ليس لدوام الكرم ، فكان الواجب فيما بين الأمرين وهو خمسة دراهم . قلت : هذا الذي قاله الشراح باعتبار عادة بلادهم ، وأما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها .

م: (**والوظيفة تتفاوت بتفاوتها**) ش: أي بتفاوت المؤنة كما ذكرنا م: (**فجعل الواجب في الكرم في أعلاها**) ش: أي في أعلى المؤن م: (**وفي الزرع أدناها، وفي الرطبة أوسطها . قال**) ش: أي القدوري م: (**وما سوى ذلك من الأصناف**) ش: أي ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم م : (**كالزعفران**) ش: وفي النهاية أي أرض الزعفران تلحق بأرض الزرع أو الرطبة أو الكرم ، وبأيها كانت أشبه في قدر الغلة فهو مبلغ الطاقة ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي .

والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة ، لأنه ليس فيه توظيف عمر -رضي الله عنه- وقد اعتبر الطاقة في ذلك فتعتبرها فيما لا توظيف فيه . قالوا : ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه ، لأن التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين .

م: **(والبستان)** ش: كل أرض يحوطها حائط . وفي «فتاوى الظهيرية» ولو كان في جوانب الأرض أشجار ووسطها مزروعة ففيها وظيفة عمر رضي الله عنه ولا شيء في الأشجار، وكذا لو غير أشجاراً غير مثمرة .

ولو كانت الأشجار مثمرة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم م :**(وغيره)** ش: أي وغير البستان م: **(يوضع)** ش: أي الخراج م: **(عليها)** ش: أي على الزعفران والبستان وغير البستان م: **(بحسب الطاقة)** ش: ففى أرض النخيل المطلقة يجعل عليها الخراج بقدر ما يطيق .

ولا يزادعلى جريب الكرم . وفي جريب الزعفران بقدر ما يطيق أيضاً وينظر إلى غلتها ، فإن بلغت غلة الزرع تؤخذ قدر خراج الزرع ، وإن بلغت قدر غلة الرطبة يؤخذ خمسة م: **(لأنه ليس فيه)** ش: أي فيماسوى ذلك م: **(توظيف عمر -رضي الله عنه-)** ش: وذلك الخراج على نوعين ، خراج وظيفة وهو الذي يشبه توظيف عمر - رضي الله عنه - ، وخراج مقاسمة وهو أن يكون الخراج من الأرض لا يوظف فيه فيوضع فيه بحسب الطاقة ، وهو معنى قوله م: **(وقد اعتبر الطاقة في ذلك)** ش: أي فيما سوى ذلك من الأصناف م: **(فتعتبرها)** ش: أي الطاقة م: **(فيما لا توظيف فيه)** ش: لأن يوظف به .

م: **(قالوا)** ش: : أي مشايخنا م: **(ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه ، لأن التنصيف عين الإنصاف)** ش: قال فخر الإسلام البزدوي -رحمه الله- : وإنما تتناهى الطاقة إلى نصف الخارج لا يزاد عليه .

ألا ترى أنه قال في كتاب «العشر» و«الخراج» و«السير الكبير» في أرض لم يخرج من الغلة إلا قدر قفيزين ودرهمين ، وهي جريب : إن خراجها قفيز ودرهم ، وهذا لأنا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم ، فإذا مننا عليهم وقاطعناهم على نصف الخراج كان التنصيف هو الإنصاف بعينه ، حيث كان النصف لنا والنصف لهم م :**(لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين)** ش: هذا متصل بما قبله .

حاصل معناه أنا حين ملكناهم كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ، ولكن أنصفناهم حيث رضينا بنصف الخارج من غير زيادة ، وهذا عين الإنصاف منا حيث جعلنا النصف لهم والنصف لنا .

والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر . وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان . قال: فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام ، والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ، ألا ترى إلى قول عمر -رضي الله عنه- : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا: لا، بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لأطاقت ،

م: **(والبستان كل أرض يحوطها حائط)** ش: أي يكون حواليها حيطان م: **(وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر)** ش: وفي المغرب البستان الجنة م: **(وفي ديارنا)** ش: ديار صاحب «الهداية» فرغانة ، ويقال له الفرغاني والمرغيناني أيضاً .

وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء سجون ومرغينان من بلاد غانة م: **(وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان)** ش: أي من أي جنس كان مما فيه الخراج .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن لم تطق)** ش: أي الأرض م: **(ما وضع عليها)** ش: وفي بعض النسخ فإن كان لم يطق . قال الأترازي: إن صح لفظ كان فهو زائد ، وعدم الإطاقة عبارة عن قلة الريع م: **(نقصهم الإمام)** ش: أي نقص الإمام عن أصحاب الأراضي التي لا تطيق ما وضع عليها م: **(والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع)** ش: والريع النماء والزيادة ، وأراد به هنا الغلة .

وقال الكاكي : إذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الأولى .

وفي «الخلاصة» إن كانت الأرض لا تطيق أن يكون الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج . أما إذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه : أجمعوا على أن الزيادة على وظيفة عمر - رضي الله عنه- في سواد العراق وفي بلدة وظف الإمام عليها الخراج لا يجوز ، فأما في بلدة أراد الإمام أن يبتدئ بها بالتوظيف قال أبو يوسف : لا نزيد . وقال محمد : يزيد . وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، ويجيء الآن ما ذكره الولوالجي .

م: **(ألا ترى إلى قول عمر -رضي الله عنه- لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا : لا ، بل حملناها ما تطيق ، ولو زدناها لأطاقت)** ش: هذا أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب «فضائل الصحابة» وفي كتاب «السعة» لعثمان عن عمرو بن ميمون قال : رأيت عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قبل أن يصاب بأيام بالحديبية وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف قال : كيف فعلتما ، أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا : حملناها أمراً هي له مطيقة فيها كثير فضل .

وهذا يدل على جواز النقصان . وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد -رحمه الله- اعتباراً بالنقصان ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- لا يجوز ، لأن عمر -رضي الله عنه- لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة ، وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه ، لأنه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج . وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة

قال : انظرا أن تكونا حملتماها ما لا تطيق ، فقالا : لا ، فقال عمر - رضي الله تعالى عنه - : كيف سلمها الله عن أراملة العراق لا يحتجي إلى أحد بعدي ، قال فما أتت عليه أربعة حتى أصيب . . . الحديث بطوله وهو حديث مقتل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وتبعه عثمان -رضي الله عنه- .

وقد عرفت أن قول عمر : لعلكما خطاب لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الصحابيين الكبيرين . والضمير في قوله : قالا في الموضعين يرجع إليهما .

م: (وهذا) ش: أي قولهما ولو زدنا لأطاقت م: **(يدل على جواز النقصان)** ش: عند قلة الريع بالإجماع م: **(وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد - رحمه الله - اعتباراً بالنقصان . وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يجوز : لأن عمر -رضي الله عنه - لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة)** ش: وهو في قولهما ولو زدنا لأطاقت . م: **(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة)** ش: أي استأصلته ، والاصطلام الاستئصال وهو القلع من الأصل م: **(فلا خراج عليه ، لأنه فات التمكن من الزراعة)** ش: قال الكاكي : قال مشايخنا : ما ذكر في الكتاب بأن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانياً ، أما إذا بقى لا يسقط الخراج ، ذكره في «شرح الطحاوي» .

وفي «فتاوى البكري» وتكلموا أن المعتبر في ذلك زرع الحنطة والشعير أم أي زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أم مدة تبلغ الزرع مبلغاً تكون قيمته ضعف الخراج ، وفي ذلك كلام ، والفتوى على أنه مقيد بثلاثة أشهر م: **(وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج)** ش: أي التمكن من الزراعة هو النماء التقديري ، والنماء على قسمين : حقيقي وتقديري ، والخراج يتعلق بأحدهما ، وهنا لما غلب الماء على الأرض بحيث لم تبق صالحة للزراعة أو كانت مدة لم توجد النماء التقديري فلا يجب التقديري .

م: **(وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة)** ش: فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها

أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج . وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوته ، قالوا: من انتقل إلى أخس الأمرين بغير عذر فعليه الخراج الأعلى ؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة،

للخدمة سقطت الزكاة ، لأنها لم تبق نامية في جميع الحول م: (**أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج**) ش: أي حقيقة الخارج إذ التمكن من الزراعة قائم مقامه ، فإذا وجد الأصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل ، فإذا هلك بطل ما تعلق به .

حاصله أن النماء التقديري كان قائماً مقام النماء الحقيقي ، فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الأصل وقد هلكت فيهلك معه الخراج ، بخلاف ما إذا أعطاها وهو متمكن من الزراعة ، حيث يكون الخراج ديناً في ذمته فيعتبر الخراج بالنماء التقديري حينئذ ، ألا ترى أن رجلاً لو استأجر بيتاً أو حانوتاً معطلة فعليه الأجر ، فإن لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر .

فإن قلت : لو استأجر رجل أرضاً فزرعها فاصطلمت الزرع آفة أنه يجب عليه الأجر . قلت : أجيب : بأن الأجر إلى وقت هلاك الزرع ، ولا يجب عليه بعد ذلك ، وليس الأجر بمنزلة الخراج ، لأن الخراج وضع على مقدار الخارج . وإذا صلحت الأرض للزراعة فإذا لم تخرج شيئاً جاز إسقاطه والأجر لم يوضع إلى مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج .

م: (**وإن عطلها**) ش: أي الأرض م: (**صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن**) ش: من الزراعة م: (**كان ثابتاً ، وهو الذي فوته**) ش: أي فوت الريع مع إمكان تحصيله . قال التمرتاشي : هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة ، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها . أما إذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك .

وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها لمنفعة بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يوجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج ، وهذا بلا خلاف .

وعن أبي يوسف يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها فرضاً . وفي «جمع الشهيد» باع أرضاً خراجية ، فإن بقي من السنة مقدار ما ملك المشتري من الزراعة والخراج عليه وإلا فعلى البائع .

م: (**قالوا**) ش: : أي قال مشايخنا في شروح «الجامع الصغير» م: (**من انتقل إلى أخس الأمرين بغير عذر**) ش: كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب م: (**فعليه الخراج الأعلى**) ش: وهو خراج الزعفران م: (**لأنه هو الذي ضيع الزيادة**) ش: فكان التقصير منه .

وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ، ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ، لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم . ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا . وقد صح أن الصحابة -رضي الله عنهم- اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

م: (وهذا) ش: أي هذا الحكم م :(**يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس**) ش: لأنهم لا يعملون بالشرع وليس لهم دأب إلا تحصيل الأموال من أي وجه كان ، وما عندهم قوة دين يمنعهم عن ذلك .

ورد بأنه كيف يجوز الكتمان ، وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً . وأجيب : بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران ، فأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان . وفي «شرح الطحاوي» جعل أرض الزعفران مسكناً أو خاناً للغلة أو مقبرة أو مسجداً يسقط الخراج .

م: (**ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله**) ش: وقال مالك والشافعي : يسقط الخراج . وعند مالك تسقط الجزية أيضاً ، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا وعند الشافعي ، وعند مالك لا يجوز .

وفي رواية : يجوز ويسقط الخراج م: (**لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة**) ش: لأن الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة ، وهذا لأنه بعد الإسلام لا يخلي أرضه عن مؤنة في حالة البقاء كما كانت م: (**في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم**) ش: لأن إبقاء ما تقرر واجباً أولى ، لأنا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر ، بخلاف خراج الرأس ، لأنا لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا يحتاج إلى إيجاب مؤنة أخرى .

م: (**ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج**) ش: وقد ذكرنا الخلاف فيه آنفاً م: (**لما قلنا**) ش: وهو قوله لأن فيه معنى المؤنة ، والمسلم من أهل المؤنة م: (**وقد صح أن الصحابة -رضي الله عنهم- اشتروا أراضي الخراج**) ش: من الذمي م: (**وكانوا يؤدون خراجها**) .

وقال الكاكي : صح عن ابن مسعود والحسن بن علي وشريح -رضي الله عنهم- ، انتهى .

ولم يبين وجه الصحة ولا من خرجه ، وغيره من الشراح لم يذكره أصلاً ، غير أن صاحب «النهاية» قال : روي عن عبد الله بن مسعود والحسن بن علي وشريح أنهم كانت لهم أراضٍ بالسواد ويؤدون خراجها ، انتهى .

وهذا ذكره بياناً بصيغة التمريض ، وهي لا تدل على الصحة . غير أنا نحتج في ذلك بما

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة ، ولا عشر في الخارج من أرض الخراج ، وقال الشافعي - رضي الله عنه - يجمع بينهما ، لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان . ولنا قوله -عليه السلام- : لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ،

قال البيهقي في كتاب «المعرفة» :

قال أبو يوسف القاضي : القول ما قال أبو حنيفة-رضي الله عنهما- أنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسن بن علي وشريح أرض الخراج . حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه- : إني اشتريتها أرضاً في أرض السواد ، فقال عمر -رضي الله عنه - أنت فيها بمثل صاحبها .

وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا الثوري عن قيس بن أسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر -رضي الله عنه- ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج م: **(فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة)** ش: احترز به عن قول المتقشفة ، فإنهم يكرهونه ويستدلون بما روي أنه ﷺ رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال : « **ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا** » ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا شغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة ، وفيه تأمل . وقال الأترازي : في قول المصنف للمسلم لو قال من المسلم كان أولى ، ولم يبين وجه ذلك .

م: **(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج)** ش: يعني لا يجمع بين العشر والخراج م: **(وقال الشافعي -رضي الله عنه- : يجمع بينهما)** ش: أي بين العشر والخراج ، وبه قال مالك وأحمد م: **(لأنهما)** ش: أي لأن العشر والخراج م: **(حقان مختلفان)** ش: يعني من حيث الذات .

فإن أخذها مؤنة فيه معنى العبادة ، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة م: **(وجبا في محلين بسببين مختلفين)** ش: فإن الخراج في الذمة والعشر في الخارج بسببين مختلفين ، فإن سبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج ، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن ، ويختلفان مصرفاً أيضاً ، فإن مصرف العشر الفقراء ، ومصرف الخراج المقاتلة .

فإذا كان كذلك م: **(فلا يتنافيان)** ش: أي العشر والخراج بوجوب أحدهما لا ينافي وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر أو الخراج .

م: **(ولنا قوله عليه السلام)** ش: أي قول النبي ﷺ م: **(لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم)** ش: قال الأترازي : ولنا ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي ﷺ أنه

ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم حجة . ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية ،

قال : « لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة » .

قلت : رواه ابن عدي في «الكامل» عن يحيى بن عتبة عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة بن مسعود قال ، قال رسول الله ﷺ: « لا يجتمع على مسلم خراج وعشر » وقال ابن عدي ويحيى بن عتبة منكر الحديث[1] وإنما يروى هذا عن قول إبراهيم فجاء يحيى بن عتبة فأطال فيه ووصله إلى النبي ﷺ ، ويحيى بن عتبة مكشوف الرأس لروايته عن الثقات الموضوعات فمات .

وقال ابن جران ليس هذا كلام رسول الله ﷺ ، ويحيى بن عتبة رجل يضع الحديث لا تحل الرواية عنه . وقال الدارقطني يحيى هذا رجل يضع الحديث وهو كذب على أبي حنيفة ومن بعده إلى رسول الله ﷺ . وقال البيهقي هذا حديث باطل ، ويحيى هذا اشتهر بالوضع .

قلت : وقع في مسند أبي حنيفة مثل ما رواه ابن عدي ، ولكن عدي وآخرون تكلموا فيه بسبب يحيى بن عتبة ، ولما علمنا من يحيى بن عتبة : لأن أصحابنا رووا هذا في كتبهم وهم ثقات على أن ابن شاهين رواه عن يحيى بن عيسى عن أبي حنيفة .

فإن قلت : أنكر يحيى بن عيسى وقال هو يحيى بن عتبة .

قلت : من اطلع في أحوال هؤلاء عرف أن الخطيب كيف يتكلم في الحقيقة ولا يلتفت إليه في مثل هذا .

م: **(ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما)** ش: أي بين العشر والخراج م: **(وكفى بإجماعهم حجة)** ش: حيث لم ينقل عن واحد منهم أنه جمع بينهما ، واجتماع الأئمة على فعل قضية أو منعها حجة .

م: **(ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض)** ش: أي يجب في أرض م: **(أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان)** ش: وهما الطوع القهر م: **(لا يجتمعان في أرض واحدة)** ش: لمنافاة بينهما إذ الطوع ضد الكره الحاصلة من القهر ، فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان .

م: **(وسبب الحقين)** ش: أي العشر والخراج م: **(واحد وهو الأرض النامية)** ش: بدليل إضافة

---

(١) الكامل في الضعفاء لابن عدي [٧/ ٢٥٥] ، راجع ترجمة يحيى بن عتبة في ضعفاء ابن الجوزي[٣٧٤٦] .

إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً ، وفي الخراج تقديراً ، ولهذا يضافان إلى الأرض ، وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما فلا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة ، لأن عمر -رضي الله عنه- لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر ، لأنه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج .

العشر والخراج إليهما ، والإضافة دليل السببية ، فلما كان السبب واحداً كان المسبب أحدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص م: **(إلا أنه)** ش: أي أن السبب م: **(يعتبر في العشر تحقيقاً)** ش: لأن العشر أحد الأجزاء العشرة من الخراج م: **(وفي الخراج)** ش: أي يعتبر في الخراج م: **(تقديراً)** ش: أي من حيث التقدير .

وذلك لأن سبب الخراج ملك الأرض النامية بالنماء التقديري م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل أن السبب هو الأرض النامية م: **(يضافان)** ش: أي العشر والخراج م: **(إلى الأرض)** ش: فيقال عشر الأرض وخراج الأرض م: **(وعلى هذا الخلاف)** ش: أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي م: **(الزكاة مع أحدهما)** ش: أي الزكاة مع أحدهما لا تجتمع مع الخراج والعشر عندنا ، خلافاً له .

صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج بنية التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة . وعن محمد أن عليه الزكاة مع أحدهما ، وهو قول الشافعي لاختلاف سببيهما ومحلهما . قلنا الواجب حق الله تعالى فيه ، فتعلق بالأرض فلا يجتمعان ، كما لا يجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد .

م: **(فلا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة)** ش: يعني لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا مرة واحدة وإن أغلها صاحبها مرات م: **(لأن عمر -رضي الله عنه- لم يوظفه)** ش: أي الخراج م: **(مكرراً)** ش: أي ما أخذ الخراج والجزية في السنة إلا مرة واحدة . وقال الحاكم في الكافي : الحجة في هذا فعل عمر -رضي الله عنه- : لأنه لو وجب الخراج وتكرر لانبغى أن يكون هذا في خراج الموظفة لا في خراج المقاسمة لأن خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ، ويكون ذلك في الخارج م: **(بخلاف العشر ، لأنه لا يتحقق عشراً)** ش: أي لا يوجد حال كونه عشراً م: **(إلا بوجوبه)** ش: أي بسبب وجوبه م: **(في كل خارج)** ش: لأن العشر وظيفة لازمة تؤخذ من الخارج فتكرر بتكرر الخارج .

* * *

باب الجزية

وهي على ضربين ، جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولأن الموجب هو التراضي

م: (باب الجزية)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الجزية ، والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار رأسه . والجمع من قبيل اللحية واللحى ، وسميت بها ، لأنها تجزي ، أي تقضي ، وتكفي في الذمي عن القتل، أو يعتق بها تسقط عنه القتل . ولما فرغ من خراج الأرض شرع في خراج الرأس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الأول لأنه شاركه في سببه . وفي الشرع معنى الجزية وبيان العريان مقدم .

م: (وهي) ش: أي الجزية م: (على ضربين) ش: أي نوعين ، أحدهما م: **(جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة)** ش: هذا أخرجه أبو داود عن إسماعيل بن عبد الرحمن البغدادي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر ، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين . . .[1] الحديث .

ونجران بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن أصلها نصارى . والحلة بضم الحاء المهملة وتشديد اللام إزار ورداء هذا هو المختار لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول أو الحل لما بينهما من الوجه . وقال الولوالجي في فتاواه : وتوضع على نصارى نجران على رؤوسهم وأراضيهم في كل سنة الفاعلة كل حلة خمسون درهماً .

قلت : الذي ذكر المصنف غير موافق للحديث ، مع أن الحديث حديث واحد رواه ابن عباس وأخرجه عنه أبو داود كما ذكرنا .

م: (ولأن الموجب) ش: بكسر الجيم ، أي لأن الموجب لتقدير ما وقع عليه م: (هو التراضي) ش: لا لموجب الجزية ، فإن موجبه في الأصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا .

فإن قلت : كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجنايات بأخذ المال . ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بالمال .

قلت : ليس أخذ الجزية يدل على تقرير الكفر . وإنما هو عوض عن ترك القتل ولا يستعرفان الواجبين . فجاز كإسقاط الواجب بالقصاص بعوض ، أو هي عقوبة على الكفر ، فيجوز

---

(١) أبو داود في باب « في أخذ الجزية» [٣٠٤١] . وقال المنذري : في سماع السدى من ابن عباس نظر ، وإنما قيل : إنه رآه ، ورأى ابن عمر ، وسمع من أنس بن مالك .

فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق . وجزية يبتدئ الإمام بوضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى متوسط الحال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً ،

كالاسترقاق .

م: (**فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق**) ش: أي لا يجوز التجاوز إلى غير ما وقع عليه التراضي م: (**وجزية**) ش: أي الضرب الثاني جزية م: (**يبتدئ الإمام بوضعها**) ش: أي بوضع الجزية م: (**إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم**) ش: هذا الضرب بوضع الإمام بغير رضى منهم ، وهو تفاوت بتفاوت الطبقات ، وبين ذلك بحرف الباء بقوله م: (**فيضع على الغني الظاهر الغنى**) ش: في شرح الطحاوي ظاهر الغنى من يملك عشرة آلاف درهم م :(**في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم**) ش: هذا لأجل التسهيل ، ولا تجب الجزية بأول الحول ، وإنما الحول يتحقق ويتسهل عند أبي حنيفة .

وكذلك قال هو في الزكاة م: (**وعلى متوسط الحال**) ش: وهو من يملك مائتي درهم إلى عشرة لاف درهم م :(**أربعة وعشرين درهماً**) ش: أي يضع على المتوسط الحال أربعة وعشرين درهماً م: (**في كل شهر درهمين**) ش: .

م: (**وعلى الفقير المعتمل**) ش: أن يضع عليه م: (**اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً**) ش: أي يأخذ في كل شهر درهماً ، والفقير من لا يملك درهمين ، وإنما شرط المعتمل ، لأن الجزية عقوبة فإنما تجب على من كان من أهل القتال حق لا يلزم الزمن منهم جزية وإن كان مفرطاً في اليسار . والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة .

وقال الكاكي : والمعتمل هو المكتسب والإعمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب . وقال أيضاً وإنما قيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضاً في السنة كلها أو مضطرباً أو أكثر لا يجب عليه .

ولو ترك العمل مع القدرة عليه . فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه الخراج ، ذكره في الإيضاح ويجيء أيضاً إن شاء الله تعالى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» ذكر عن عيسى بن أبان أنه قال من كان له عشرة آلاف درهم فصاعداً فهو موسر . ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط . ومن كان معتملاً فهو كبير .

وهذا عندنا . وقال الشافعي -رحمه الله- : يضع على كل حالم ديناراً أو ما يعدل الدينار ، الغني والفقير في ذلك سواء لقوله- عليه السلام- لمعاذ -رضي الله عنه- خذ من كل حالم وحالمة ديناراً أو عدله معافر

وذكر عن بشر بن غياث أنه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر . ومن كان يقدر على مقدار القوت ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو الوسط . ومن لم يكن له مقدار الكفاية فهو مكسب .

وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر إلى عادة كل بلد ، لأن عاده البلدان مختلفة في الغناء . ألا ترى أن صاحب خمسين ألف ببلخ يعد من المكثرين . وإذا كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المتكثرين . وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المتكثرين فيعد كل بلد .

وذكر هذا القول أبو نصر محمد بن سلام أيضاً ، وذكر عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه كان يأخذ ممن ركب البغال ، ويتختم بالذهب ثمانية وأربعين درهماً إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث في كتابه .

وقال الكاكي : وقيل من لا بد له من الكسب لإصلاح معيشته فهو معسر ، ومن له مال يعمل به متوسط . ومن لا يعمل لكثرة مال فهو فائق في الغنى وقيل من لا كفاف له فهو معسر . ومن ملك قوته وقوت عياله فهو متوسط .

ومن ملك لما فضل عليه فهو عتق ، وقيل هذا يختلف باختلاف الأماكن ، ويعتبر وجود هذه الصفة في آخر السنة م: **(وهذا عندنا)** ش: أي هذا الوجه المذكور مفصلاً عند أصحابنا .

م: **(وقال الشافعي- رحمه الله -)** ش: مبتدأ وخبره قوله م: **(يضع على كل حالم دينار أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء)** ش: وهو اثني عشر درهما ، وأقل الدينار أي عشرة دراهم مسكوكة . من النقرة الخالصة .

ولا يجب على الإمام أن يجبرهم على أكثر ما عليهم ، ويستحب أن يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين ، ومن الغني أربعة دنانير ، ولا يصير الدراهم إلا بالنقرة والقيمة عند عامة أصحابه ، كذا في شرح «الوجيز» . وقال مالك : يأخذ أربعين درهما أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو ديناراً لما روى الإمام ، وهو قول الثوري، وفي رواية مثل قولنا ، وفي رواية أقلها دينار .

وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان م: **(لقوله عليه السلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ : م: **(لمعاذ - رضي الله عنه- خذ من كل حالم وحالمة ديناراً أو عدله معافر)** ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي في الزكاة عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال: بعثني

من غير فصل . ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني . ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي -رضي الله عنهم- ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض . وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة

رسول الله ﷺ إلى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة ، ومن كل أربعين ستة ومن كل حالم دينار أو عدله معافر .[1] وقال الترمذي: حديث حسن . وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي ﷺ مرسلا قال وهو الأصح . قوله من كل حالم يعني محتلم . قوله أو عدله العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس .

قوله معافر بفتح الميم والعين المهملة وبالفاء والراء المهملة إلى أخذ مثل دينار ثوباً من هذا الجنس والمعافر أي ثوب منسوب إلى معافرين من ثم صار اسماً للثوب بغير نسبة . ويقال معافر حي من همدان ثبت إليه هذا النوع من الثياب م: **(من غير فصل)** ش: يعني بين الغني والفقير .

م: **(ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفركالذراري والنسوان ، وهذا المعنى)** ش: أي وجوب الجزية بدلا عن القتل م: **(ينتظم الفقير والغني)** ش: أي يشملهما م: **(ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم -)** ش: روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مهير عن الشيباني عن ابن عون محمد بن عبد الله الثقفي قال : وضع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهمًا .

وعلى المتوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهمًا . وهو مرسل . ورواه ابن زنجويه في كتاب «الأموال» ، حدثنا أبو نعيم حدثنا مندي عن الشيبان عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر - رضي الله عنه - وضع . . إلى آخره انتهى . وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير ، فحل محل الإجماع . ثم بعد ذلك عمل عثمان ثم عمل علي - رضي الله عنه - م: **(ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار)** ش: فصار إجماعًا .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الجزية ذكرت على تأويل خراج الرأس م: **(وجب نصرة للمقاتلة)** ش: أي نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بمال يؤخذ من الذمي م: **(فتجب على التفاوت)** ش: أي الجزية تجب على التفاوت لا المذكور عن قريب م: **(بمنزلة خراج الأرض ، وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة)** ش: أي بمنزلة وجوب التفاوت في الخراج .

---

(١) أبو داود في كتاب الزكاة - باب في زكاة السائمة - [١٥٧٨] ، الترمذي في كتاب الزكاة - باب ما جاء في زكاةزكاة البقر - [٦٢٧] ، النسائي في كتاب الزكاة [٢٢٩٩].

بالنفس والمال ، وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته ، فكذا ما هو بدله ، وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحاً ، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية . قال: وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس ،

والدليل على أنها تجب نصرة وكفاية لهم ، لأنها تصرف إليهم ولا توضع موضع الزكاة ، وكان الواجب أن ينصروا المسلمين م: (**بالنفس والمال**) ش: لأن من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال ، ولكن لا يصلحوا لنصرتهم لنقلهم إلى دار الحرب اعتقاداً قامت الجزية المأخوذة منهم المصروفة إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس ، ثم النصرة من المسلم تتفاوت ، إذ الفقير ينصر دارنا راجلاً ومتوسطًا بحال ينصرها راكبًا وراجلاً .

والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره ، لما كان الأصل متفاوتًا تفاوتت الجزية التي قامت مقامه .

فإن قيل : النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة ، فكيف تكون العقوبة خلفًا عن الطاعة؟ أجيب : بأن الخلف في النصرة في حق المسلمين من زيادة القوة للمسلمين وهم يبانون في تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو [. . . .] فيجب على التفاوت ، لأنه أي لأن الجزية بتأويل خراج الرأس [كما] ذكرنا الآن، وجبت بدلاً عن النصرة بالنفس والمال .

م: (**وذلك**) ش: أي المذكور عن النصرة بالنفس والمال م: (**يتفاوت بكثرة الوفر**) ش: أي غير المال م: (**وقلته ، فكذا ما هو بدله**) ش: أي فكذا يتفاوت ما كان خلفًا عن النصرة م: (**وما رواه**) ش: أي الذي رواه الشافعي - رحمه الله - وهو قوله ﷺ لمعاذ : «**خذ من كل حالم وحالمة ديناراً**» م: (**محمول على أنه كان ذلك صلحًا**) ش: أي محمول على مال وقع الصلح عليه .

ألا ترى أنه قال في رواية : خذ من كل حالم وحالمة ديناراً ، ولا تجب على النساء إلا مال الصلح . قلت الأحسن أن يقال هذا ليس بحجة ، لأن الصحيح أنه مرسل ، فكيف يحتج به م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه كان محمولاً على مال الصلح م: (**أمره**) ش: أي أمر معاذًا م: (**بالأخذ من الحالمة . وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية**) ش: والمحفوظ أن لفظ حالمة مدرج في الحديث .

م: (**قال : وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس**) ش: جمع مجوسي ، وهو منسوب إلى المجوس . وقال الجوهري : هي نحلة ومذهب المجوسي أنهم قائلون بالنور والظلمة يدعون أن الخير من فعل النور ، والشر من فعل الظلمة ، ولهذا يعبدون النار ، لأنه من النور . أما وضع الجزية على أهل الكتاب فهو بلا خلاف . وأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى -عليه السلام - ، وخالفوهم في فروع دينهم .

لقوله تعالى : ﴿ من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ﴾ ... (التوبة:الآية ٢٩) ، ووضع رسول الله -عليه السلام- الجزية على المجوس . قال : وعبدة الأوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي -رحمه الله-

---

وفرق النصارى من اليعقوبية والمنظورية والملكية الفرنج والروم والأدنى وغيرهم ممن دان بالإنجيل وانتسب إلى عيسى -عليه السلام- والعمل بشريعتهم فكلهم من أهل الكتاب .

واختلف أهل العلم في الصابئين عن أحمد أنهم جنس من النصارى . وعن عمر : هم ينسبون بهم من اليهود . وقال مجاهد : بين اليهود والنصارى . وقال الذمي الزبيع هم أهل الكتاب ، وتوقف الشافعي فيهم .

ويروى عنهم أنهم يقولون الفلك حسي ناطق ، والكواكب السبعة آلهة . والصحيح أنهم إن كانوا يقرون نبي كتاب فهم من أهل الكتاب وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كعبدة الأوثان ، وقد مر في النكاح . وأما المجوس فلهم شبهة الكتاب ، فيجوز أخذ الجزية بالحديث منهم .

ولا يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم وعليه أكثر أهل العلم . وعن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب فتحل نساؤهم وذبائحهم لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنهم كانوا أهل كتاب فلما وقع ملكهم على بنته أو أخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ﴾ .. (التوبة : الآية ٢٩)**) ش: هذا صريح في جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب سواء كانوا من العرب والعجم ، ولهذا ذكر أهل الكتاب مطلقًا م: (**ووضع رسول الله -عليه السلام- الجزية على المجوس**) ش: حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر ، انتهى . وهجر بفتحتين اسم بلد في البحرين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في مختصره : م: (**وعبدة الأوثان من العجم**) ش: هو بالجر عطفًا على أهل الكتاب ، وقيد بقوله من العجم احترازًا عن عبدة الأوثان من العرب ، فإنهم لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب م: (**وفيه خلاف الشافعي**) ش: فإن عنده لا يؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس .

وله في أهل الكتاب غير اليهود والنصارى مثل أصحاب صحف إبراهيم وشيث وإدريس وزبور داود ومن تمثل بدين آدم والسامرة والصابئين وجهان : أحدهما : تؤخذ. والثاني لا ، والوثني إذا دخل في دين أهل الكتاب بعد المسيح لم يؤخذ منه الجزية وقال المزني : تؤخذ .

وقال مالك : يؤخذ من جميع الكفار إلا مشركي قريش ، لأنهم ارتدوا . وعندنا تؤخذ من جميع الكفار إلا من عبدة الأوثان ، وبه قال أحمد في رواية وعنه في رواية لا تؤخذ إلا من أهل

هو يقول: إن القتال واجب لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب، وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل. ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم، إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم، فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين، ونفقته في كسبه وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم.

الكتاب ومن وافقهم في دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة. وتؤخذ من المجوس أيضًا ولا تؤخذ من غيرهم من عبدة الأوثان.

م: (**هو**) ش: أي الشافعي م: (**يقول: إن القتال واجب لقوله تعالى: ﴿ وقاتلوهم ﴾**) ش: لأنه أمر بالقتال وهو عام م: (**إلا أنا عرفنا جواز تركه**) ش: أي في ترك القتال م: (**في حق أهل الكتاب بالكتاب**) ش: وهو قوله تعالى: ﴿ **حتى يعطوا الجزية** ﴾.

م: (**وفي حق المجوس**) ش: أي وعرفنا ترك القتال في المجوس م: (**بالخبر**) ش: وهو حديث عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - م: (**فبقي من وراءهم**) ش: أي من وراء أهل الكتاب والمجوس م: (**على الأصل**) ش: أي من النصوص العامة.

م: (**ولنا أنه يجوز استرقاقهم**) ش: بالإجماع م: (**فيجوز ضرب الجزية عليهم، إذ كل واحد منهما**) ش: أي من الاسترقاق والجزية م: (**يشتمل على سلب النفس منهم**) ش: معنى حتى يصير مشبهًا بالبهائم، أما الاسترقاق فظاهر، لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة.

وأما الجزية م: (**فإنه**) ش: أي فإن الكافر م: (**يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه**) ش: فكأن أداء كسبه إلى المسلمين في معنى أخذ النفس منه حكمًا، وهو معنى قوله ونفقته في كسبه، أي والحال أن نفقته في كسبه الذي هو سبب حياته، وفيه معنى سلب النفس. ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على المرأة والصبي واللازم باطل.

وأجيب: بأن ذلك بمعنى آخر، وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي، فكذا بدل، وهذا ليس بدافع بل هو متقرر للنقض.

والصواب أن قول المحل شرط نافذ المؤثر، فكان بمعنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلاً، والمرأة والصبي ليسا كذلك، لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه.

م: (**وإن ظهر**) ش: على صيغة المجهول أي غلب م: (**عليهم**) ش: أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم م: (**قبل ذلك**) ش: أي قبل وضع الجزية عليهم م: (**فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء**) ش: أي غنيمة للمسلمين م: (**لجواز استرقاقهم**) ش: وللإمام الخيار بين

ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ، ولا المرتدين ، لأن كفرهما قد تغلظ . أما مشركو العرب فلأن النبي -عليه السلام- نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم ، فالمعجزة في حقهم أظهر، وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدي للإسلام ، ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة ، وعند الشافعي -رحمه الله- يسترق مشركو العرب . وجوابه ما قلنا . وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء ؛ لأن أبا بكر الصديق -رضي الله عنه-استرق نسوان بني حنيفة

الاسترقاق وضرب الجزية م: (ولا توضع) ش: أي الجزية م: (على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين) ش: سواء كانوا من العرب أو العجم م : (لأن كفرهما قد تغلظ) ش: وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام .

م: (أما مشركو العرب فلأن النبي -عليه السلام- نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) ش: وكانوا أحق الناس بالتساعد والقيام بتصرفه والذب عنه . ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه يغلظ كفرهم ، لأنهم عرفوا النبي -عليه السلام- معرفة تامة محضة ومع هذا نكروه وغيروا اسمه ولغته .

من الكتب ، وقد قبل منهم الجزية . وأجيب : بأن القياس كان يقتضي أن لا يقبل منهم الجزية ، إلا أنه نزل بالكتاب بقوله تعالى : ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ . . . الآية .

م: (وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدي للإسلام ، ووقف على محاسنه) ش: أي محاسن الإسلام م :(فلا يقبل من الفريقين) ش: أي من فريق عبدة الأوثان من العرب ومن فريق المرتدين م: (إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة) ش: لزيادة دينهم م :(وعند الشافعي - رحمه الله - يسترق مشركو العرب) ش: وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن الاسترقاق إتلاف حكمًا ، فيجوز كإتلافه حقيقة بالقتل . م: (وجوابه) ش: أي جواب الشافعي م: (ما قلنا) ش: وهو قوله لأن كفرهم قد تغلظ .

م: (وإذا ظهر عليهم) ش: أي إذا غلب على مشركي العرب والمرتدين م: (فنساؤهم وصبيانهم فيء) ش: أي غنيمة المسلمين ، إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بدون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت الإسلام في حقهم، وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعًا لآبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات قريبات عهد بالإسلام - فيجبرن عليه ، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم .

م: (لأن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - استرق نساء بني حنيفة) ش: وبنو حنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل ، وإنما سمي حنيفة لأنه لقي

وصبيـانهم لما ارتدوا وقسمهم بـين الغانمين ، ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكـرنا . ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القـتال ، وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهليـة . قال: ولا زمن ولا أعمـى ، وكذا المفلوج والشـيخ الكبيـر لما بينا، وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال ، لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي .

خذيمة ، أبي حي من عبد القيس فضرب خذيمة حنيفة فجذم يده فسمي هذا حنيفة ، وسمي ذاك خزيمة .

وقيل المراد بني حنيفة وهو مسيلمة الكذاب لعبدانه م: (**وصبيـانهم**) ش: أي سبى أيضًا صبيانهم حتى وقع من قسم علي - رضي الله عنه - استرق نساء بني حنيفة وهو وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم من الحنفية ، قوله منها محمد بن الحنفية م: (**لما ارتدوا**) ش: أي حتى ارتدت بنو حنيفة أو كان ذلك بعد وفاة النبي ﷺ م: (**وقسمهم**) ش: أي قسم أبو بكر - رضي الله عنه - نساء بني حنيفة وصبيانهم م :(**بين الغانمين**) ش: من الصحابة وغيرهم م :(**ومن لم يسلم من رجالهم قـتل لما ذكرنا**) ش: إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة .

م: (**ولا جزية على امـرأة ولا صبي لأنها**) ش: أي لأن الجزية م: (**وجبت بدلاً عـن القتل**) ش: يعني في المأخوذ م: (**أو عن القـتال ، وهمـا**) ش: أي المرأة والصـبي م: (**لا يقتلان ولا يقـاتلان لعدم الأهلية**) ش: فيهما ، فإذا كان كذلك لا يجب عليه البدل وهو الجزية م: (**قال: ولا زمن**) ش: أي ولا جزية أيضًا على زمن ، وزمن الرجل يزمن زمانة وهو عدم بعض أعضـائه وتعطل قواه م: (**ولا أعمى**) ش: أي ولا أعمى .

م: (**وكذا المفلوج**) ش: من فلج على صيغة المجهول إذا ذهب نصفه فهو مفلوج . وقال أهل الطب الفـالج استرخاء عام لآمر شقي البدن طولاً م: (**والشيخ الكبـير**) ش: يعني لا توضع عليـه الجزية م: (**لما بينا**) ش: وهو قوله لأنهما لا يقتلان ولا يقاتلان .

م: (**وعن أبي يوسف أنه**) ش: أي أن الجزية ، ذكره بتأويل خراج الرأس م: (**تجب إذا كان له**) ش: أي للشيخ الكبير رأي ، لأنه تقليل في الجملة ، يعني في صورة من الصور ، وهو معنى قوله إذا كان له رأي ، أي من أمور الحرب .

وقال الأترازي : وعن أبي يوسف في رواية توضع عليهم ،أي الجزية إذا كانوا أغنياء ، لأن الغناء هو الأصل في المال لما سيجيء .

قلت : هذا مخالف لما في المتن ، لأن المعهود من كلام المصنف أن الرواية عن أبي يوسف وجوب الجزية على الشيخ الكبير فقط ، حيث إذا كان له م: (**مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي**)

ولا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي -رحمه الله- له إطلاق حديث معاذ -رضي الله عنه-. ولنا أن عثمـان -رضي الله عنه- لم يوظفها على فقيرغـير معتمل وذلك بمحضـر من الصحابة -رضي الله عنهم- ولأن خـراج الأرض لا يوظف على أرض لا طـاقة لهـا ، فكذا هذا الخـراج . والحديث محمول على المعتمل. ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد ، لأنه

ش: بإفراد الضمير .

وكذا ذكر بإفراد الضمير في قوله : إذا كان له رأي بخلاف الأعمى والزمن والمفلوج . فلو كانت الرواية عن أبي يوسف في الوجوب على الكل ، يقال إذا كان لهم مال بضمير الجماعة . وفي قول عن الشافعي وتؤخذ الجزية من الأعمى والمفلوج والشيخ الكبير .

م: **(ولا على فقير)** ش: أي ولا جزية على فقير إذا كان م: **(غير معتمل)** ش: وهو الذي لا يقدر على العمل . والمعتمل الكاسب الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة م: **(خلافًا للشافعي- رحمه الله -)** ش: فإن عنده يجب عليه م: **(له)** ش: أي للشافعي م: **(إطلاق حديث معاذ- رضي الله عنه-)** ش: وهو قوله -عليه السلام- خذ من كل حالم ديناراً وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره .

م: **(ولنا أن عثمان - رضي الله عنه - لم يوظفها)** ش: أي الجزية م: **(على فقير غير معتمل)** ش: المراد من عثمان هذا عثمان بن حنيف لا عثمان بن عفان ، وقد غفل عنه أكثر الشراح ، وقد مضى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى سواد العراق وظف الجزية على الفقير دون غير معتمل ذلك محل الإجماع ، لأن أحدًا من الصحابة لم ينكر عليهم .

أشار إليه المصنف بقوله م: **(وذلك بمحضر من الصحابة- رضي الله عنهم-)** ش: لأنهم كلهم علموا ذلك ولم يقع من أحد منهم إنكار ، فكأنهم حاضرين في ذلك الوقت . ذكر الغزالي في وجيزه قال أصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول ، وتقرر على قول مجانًا ، وتقرر بجزية في ذمته على قول .

م: **(ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها ، فكذا هذا الخراج)** ش: أي خراج الرأس وهو الجزية ، لأن الخراج نوعان ، خراج الأرض وخراج الرأس كما مر غير مرة ، فإذا اعتبرت الطاقة في خراج الأرض فكذا تعتبر في خراج الرأس .

م: **(والحديث)** ش: أي الحديث الذي احتج به الشافعي م: **(محمول على المعتمل)** ش: توفيقًا بين الحديثين .

م: **(ولا يوضع)** ش: أي الجزية م: **(على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه)** ش: أي لأن

بدل عن القتل في حقهم، وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ، ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم . ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا . وذكر محمد -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها، فصار كتعطيل الأرض الخراجية. ووجه الوضع عليهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل ،

الجزية باعتبار تأويل خراج الأرض م: **(بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني)** ش: وهو النصرة بالمال في حقنا ولا مال لهم ، فعلى هذا م: **(لا تجب)** ش: وعلى اعتبار الأول يجب ، لأن الأصل يتحقق في المماليك ، لأن المملوك الحربي يقتل، فيجوز تحقق البدل أيضًا ، فإذا كان الأمر دائرًا بين الشيئين م: **(فلا تجب بالشك)** ش: لأن الأصل عدم الوجوب .

م: **(ولا يؤدي عنهم مواليهم ، لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم)** ش: أي صار مواليهم بسببهم من الاعتبار ، فوجبت عليهم زيادة في الوظيفة ، فلا يجب عليهم شيء آخر بسببهم . وقال في «مختصر الأسرار» : وقولهم إن الجزية يجب الحد والولي يؤدي لها عنه باطل، لأنه لو كانوا كذلك لاختلف بكثرة العدد ، فلهم كصدقة الظفر .

م: **(ولا توضع)** ش: أي الجزية م: **(على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا)** ش: أي في القدوري ، وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية . م: **(وذكر محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -)** ش: وقال الكرخي في مختصره قال عمر بن أبي عمر : وسألت محمدًا عن أصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج ، قال كان أبو حنيفة يقول يوضع عليهم إذا كانوا ممن يقومون على العمل .

قلت لمحمد : فما قولك ؟ قال العامر ما قاله أبو حنيفة ، قال محمد : ليس على السياحين ولا على الرهبان خراج ، وإن عزل أحدهم ، إلا أنه يخالط الناس فعليه الخراج .

م: **(وجه الوضع)** ش: أي وجه وضع الجزية م: **(عليهم)** ش: ، أي على الرهبانيين الذي يخالطون الناس م: **(أن القدرة على العمل)** ش: ثابتة ، أي موجودة ، وإنما م: **(هو الذي ضيعها)** ش: أي ضيع القدرة م: **(فصار كتعطيل الأرض الخراجية)** ش: مع التمكن من الانتفاع .

م: **(ووجه الوضع عليهم)** ش: أي وجه وضع الجزية عليهم م :**(أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل)** ش: أراد أن الجزية بدل من إسقاط القتل في حقهم ، ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس ، فلا تجب الجزية .

ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر السنة . ومن أسلم وعليه جزية سقطت، وكذلك إذا مات كافراً خلافاً للشافعي فيهما . له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى ، وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد .

م: **(ولابد أن يكون المعتمل صحيحًا)** ش: ذكر هذا تفريعًا لمسألة القدوري م: **(ويكتفى بصحته في أكثر السنة)** ش: أو نصفها ، فلا جزية عليه ، وإن كان في أقلها عليه الجزية ، لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض ، فلا يجعل عذرًا .

م: **(ومن أسلم وعليه جزية)** ش: أي ومن أسلم ممن عليه جزية ، والحال أن عليه جزية لم يؤدها م: **(سقطت ، وكذلك إذا مات كافرًا)** ش: حال كونه كافرًا سقط عنه الجزية م: **(خلافًا للشافعي فيهما)** ش: أي فيمن أسلم وعليه جزية وفيمن مات كافرًا م: **(له)** ش: أي للشافعي م: **(أنها)** ش: أي أن الجزية م: **(وجبت بدلاً عن العصمة)** ش: أي عن حقن الدم م :**(أو عن السكنى)** ش: في دار الإسلام ، وإنما تردد بينهما لأن العلماء اختلفوا في أن الجزية وجبت بدل الأمان .

قال بعضهم : بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول .

وقال بعضهم : بدلاً عن النصرة التي قامت بإحرازهم على الكفر وهو الأصح . وقال بعضهم : بدلاً عن السكنى في دارنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - . ولهذا قال في قول تؤخذ الجزية عن الأعمى والمعتوه والمقعد ، لأنهم يشاركون في السكنى ، وعندنا لا يجوز كما بينا.

م: **(وقد وصل إليه المعوض)** ش: وهو العصمة والسكنى م: **(فلا يسقط عنه العوض)** ش: وهو الجزية م: **(بهذا العارض)** ش: أي بالإسلام أو بالموت م: **(كما في الأجرة)** ش: يعني إذا استوفى الذمي منافع دار المستأجر ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن المعوض وصل إليه ، وهو منافع الدار فلا يسقط العوض وهو الأجرة م: **(والصلح عن دم العمد)** ش: يعني إذا قتل الذمي رجلاً عمدًا ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن العوض وهو نفسه مسلم له فلا يسقط البدل .

فإن قيل : لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ، ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل الذمة منه فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلاً لسقطت . أجيب : بإنما لم تسقط ، لأنه يلزم حينئذ تغير الشرع ، وليس للإمام ذلك . وهذا ، لأن الشرع جعل طريق النصرة فيحق الذمي المال دون النصرة .

ولنا قوله -عليه السلام- ليس على مسلم جزية ، ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا تسمى جزية ، وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت. ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ،

فإن قيل : الجزية حق مال وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالإسلام لخراج الأرض .

أجيب : بأن خراج الرأس وقيد الصغار بالنص، ولهذا لا يوضع على المسلم أصلاً ، بخلاف خراج الأرض فإنها على الصغار ، ولهذا لا يوجد في أرض خراجية المسلم ، فافترقا .

م: (**ولنا قوله -عليه السلام-**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**ليس على مسلم جزية**) ش: هذا الحديث رواه أبو داود في الخراج ، والترمذي في الزكاة عن جرير عن فائز بن أبي طيبان عن أبيه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال رسول الله ﷺ : « **ليس على مسلم جزية** » .

قال أبو داود سئل أبو يوسف من الثوري - رحمه الله - عن هذا؟ فقال : يعني إذا أسلم فلا جزية عليه . وقال الترمذي : وقد روي عن موسى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً. ورواه في «مسنده» والدارقطني في« سننه » وسكت عنه .

وقد روي باللفظ الذي فسره به سفيان . قال الطبراني في «معجمه الأوسط» بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ : « **من أسلم فلا جزية عليه** »[1] .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن الجزية م: (**وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا**) ش: إيضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر م: (**تسمى جزية وهي**) ش: أي الجزية م: (**والجزاء واحد**) ش: يعني إذا سميت جزاء من الجزاء ، لأنها عقوبة تقع جزاء على الإصرار على الكفر م: (**وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت**) ش: أي ولا تقام الجزية بعد الموت ، يعني لا يوجد بعد الموت من عليه الجزية وإن خلف شيئًا ، لأن الموت كالقتل ، لأنها خلف عن القتل .

ولهذا سميت جزية وهو عقوبة ، ولهذا يستوفى بطريق الذلة والصغار ويستحق بالجناية ، ولا جناية أعظم من الكفر ، وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون إلا بدفع الشر ، وقد صار مدفوعًا بالموت والإسلام ، فيسقط ، وهذا معنى قوله م: (**ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع**) ش: أي الشر م: (**بالموت والإسلام**) ش: أي بموت من عليه الجزية أو بالإسلام

---

(١) الترمذي في الزكاة - باب ليس على المسلمين جزية [٦٣٦] ، أبو داود في الخراج - باب في الذمي يسلم في بعض السنة هل عليه جزية [٣٠٥٣]، و [٣٠٥٤] والدارقطني في الوكالة [٤/ ١٥٦] عن سفيان ، وأبي كدينة عن قابوس عن أبيه ، عن ابن عباس مرفوعًا ، وعن سفيان وزهير عن قابوس عن أبيه مرسلاً وقال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه من لم أعرفهم [٦/ ١٣].

ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً ، والذمي يسكن ملك نفسه ، فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى ، وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفي «الجامع الصغير» : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يؤخذ منه ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- .

أيضًا، وأما شرع العقوبة في الآخرة بالعذاب أتم لهم .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن الجزية م: (**وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا**) ش: أراد أن وجوب الجزية شرع للنصرة وكفاية للغزاة م: (**وقد قدر عليها**) ش: أي على النصرة م: (**بنفسه بعد الإسلام**) ش: فسقطت ، لقدرته على الأصل م: (**والعصمة تثبت**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي إنها وجبت بدلاً عن العصمة بيان أن العصمة ثابتة م: (**بكونه آدميًا**) ش: يعني من حيث إنه آدمي خلق معصومًا محقون الدم لكونه ملكفًا ، فلا ينافي له العام بأمور التكليف إلا بكونه معصومًا ، وإنما يطلب عصمته بعارض الكفر ، ثم لما أسلم عادت العصمة ، فصارت العصمة به لا بقبول الجزية .

ولقائل أن يقول إنها ثابتة بالآدمية ، ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما كانت فكانت بدلاً . والجواب أنها لو كانت بدلاً عن العصمة ، فإما أن تكون عن عصمة فيما مضى ، أو فيما يستقبل ، ولا سبيل إلى الأول لوقوع الفتنة عنه ولا إلى الثاني لأن الإسلام يغني عنها .

م: (**والذمي يسكن ملك نفسه**) ش: هذا جواب عن قوله أو عن السكنى ، بيانه أن الذمي إنما سكن في ملكه إما بالشراء أو بغيره من أسباب الملك م: (**فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى**) ش: يعني لا فائدة في إيجاب البدل ، لكنه في موضع مملوك له ، فلو كانت الجزية أخذ وجوبها بالإجماع لا محالة ، ويشترط فيها التأقيت ، لأن الإبهام سلطها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن السكنى لم تكن بطريق الإجارة .

م: (**وان اجتمعت عليه**) ش: أي على الذمي م: (**الحولان**) ش: أي جزية الحولين فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه . وفي بعض النسخ وإن اجتمعت عليه الحولان بناء هذا للفعل باعتبار تقديره جزية الحولين كما ذكرنا . وقال الأترازي : ويجوز أن يراد بالحولين الجزيتان مجازًا إطلاقًا لاسم المحل على الحال . أو أنث الفعل على تأويل السنة ، لأن الحول في معناها م: (**تداخلت**) ش: أي الجزية ، وهذا لفظ القدوري آتية في شرح الأقطع .

م: (**وفي «الجامع الصغير» : ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ**) ش: أي لا يؤخذ ما مضى م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -** : **يؤخذ منه**) ش: يعني مما مضى م: (**وهو قول الشافعي- رحمه الله-**) ش:

وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً ، وكذلك إن مات في بعض السنة . أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف ، وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين ، بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه .ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ، ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح

وبه قال أحمد . وقال مالك : يؤخذ منه إلا إذا كان فقيراً لم يؤخذ منه بعشرة إذ الفقير لا جزية عليه عنده .

م: **(وإن مات عند تمام السنة)** ش: أي عند تمام السنة الأولى م: **(لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً)** ش: أي في قول أصحابنا المذكورين والشافعي .

م: **(وكذلك)** ش: أي لا تؤخذ م: **(إن مات في بعض السنة)** ش: لأنه إن مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه ، وإن مات بعد الوجوب فقط سقط بالموت عندنا خلافًا للشافعي .

م: **(أما مسألة الموت فقد ذكرناها)** ش: أشار به إلى قوله ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا تكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام م :**(وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف)** ش: يعني يتداخلا إذا اجتمع الحولان عند أبي حنيفة خلافًا لهما م: **(وقيل لا تداخل فيه)** ش: أي في الخراج م: **(بالاتفاق)** ش: ووجه الفرق بينهما أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة .

ولهذا إذا اشترى المسلم أرضًا خراجية يجب عليه الخراج ، فجاز أن لا يداخل، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء نصًا ولهذا لم يشرع في حق المسلم أصلاً ، والعقوبات تتداخل .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: **(في الخلافية)** ش: أي فيما إذا اجتمع عليه حولان م: **(أن الخراج وجب عوضًا)** ش: أي عن سائر الأعواض حقن الدم أو عن السكنى م: **(والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى)** ش: كما في سائر الأعواض م: **(وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين)** ش: أي بعد تتابعها ، لأن الفرض أنه حي وانتفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع عنه الإسلام م :**(بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه)** ش: لأن المؤمن يؤمن لإيمانه ، فيتعذر انتفاؤه من الوجه الذي وجب .

م: **(ولأبي حنيفة أنها)** ش: أي أن الجزية م: **(وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه)** ش: أراد بقوله ما ذكره قبل هذا بقوله ولأنها وجبت عقوبة م: **(ولهذا)** ش: أي ولكونها وجبت عقوبة م: **(لا تقبل منه)** ش: أي من الذمي م: **(لو بعث)** ش: أي جزيته م: **(على يد نائبه في أصح**

الروايات ، بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً ، والقابض منه قاعد . وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول أعطني الجزية يا ذمي ، وقيل عدو الله فيثبت أنه عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود . ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا ، لكن في المستقبل لا في الماضي ، لأن القتل إنما يستوفى الحراب قائم في الحال لا لحراب ماض ، وكذا النصرة في المستقبل ، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه. ثم قول محمد -رحمه الله- : في الجزية . وفي «الجامع الصغير»: وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً ،

الروايات) ش: وهنا ثلاث روايات ، بين المصنف منها روايتين وهي قوله ولا يقبل ، وقوله م: **(بل يكلف)** ش: إلى آخره من تتمة هذه الرواية .

وقوله مكلف أي الذي إلى م: **(أن يأتي به)** ش: أي بما وجبت عليه من الجزية م: **(بنفسه)** ش: أي يأتي بنفسه م: **(فيعطي)** ش: حال كونه م: **(قائمًا والقابض منه قاعد)** .

م: **(وفي رواية يأخذ)** ش: هذه الرواية الثانية وهي أن يأخذ ، أي القابض م: **(بتلبيبه)** ش: والتلبيبة أخذ موضع القلب من الثياب ، واللبيب موضع القدرة من العذرة م: **(ويهزه)** ش: أي يهز القابض الذمي م: **(هزاً ويقول أعطنى الجزية يا ذمي . وقيل عدو الله)** ش: وفي شرح الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستحقار له حتى يضع حالة الأخذ ، وإذا كان الأمر كذلك م: **(فيثبت أنه)** ش: أي أن الذي يؤخذ منه وهو الجزية م: **(عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت)** ش: إذا كانت من جنس واحد تداخلت م: **(كالحدود)** ش: .

م: **(ولأنها)** ش: أي ولأن الجزية م: **(وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا)** ش: أي بدلاً عن النصرة في حقنا ، وبدلاً عن النصرة في حق المسلمين م: **(كما ذكرنا)** ش: عند قوله فيما تقدم عن قريب ، ولأنها وجبت عن النصرة في حقنا .

م: **(لكن في المستقبل)** ش: هذا إذًا استدراك من قوله لأنها وجبت بدلاً عن القتل ، يعني كونها بدلاً عن القتل إنما يظهر في المستقبل م: **(لا في الماضي ، لأن القتل إنما يستوفى الحراب قائم في الحال لا لحراب ماض)** ش: لأن الماضي فات م: **(وكذا النصرة)** ش: أي وكذا كون النصرة في حقنا م: **(في المستقبل ، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه)** ش: لعدم فائدتها في الماضي الغائب .

م: **(ثم قول محمد- رحمه الله - في الجزية)** ش: أشار به إلى بيان قول محمد الذي نقله م: **(وفي الجامع الصغير)** ش: عن محمد - رحمه الله - وأبي حنيفة - رحمه الله -في الجزية بقوله م: **(وجاءت سنة أخرى حمله)** ش: أي حمل المجيء م: **(بعض المشايخ على المضي)** ش: يعني معناه مضت حتى لتحقق اجتماع الحولين ، لأنها عند الحول تجب، وهذا ضرب من المجاز ، أشار إليه بقوله م: **(مجازًا)** ش: لأن مجيء كل شهر بمجيء أوله . ويجوز المجاز أن يجيء الشهر مستلزم

وقال : الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتداخل ، وعند البعض هو مجرى على حقيقته ، والوجوب عند أبي حنيفة -رحمه الله- بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي -رحمه الله- في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لايتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه ، فتعذر إيجابه بعد مضي الحول ، فأوجبناه في أوله .

مضي الآخر لا محالة . وذكر اللزوم وإرادة اللازم مجازاً .

م: (وقال) ش: بعض المشايخ : م: (الوجوب) ش: أى وجوب الجزية م: (بآخر السنة فلابد من المضي ليتحقق الاجتماع) ش: أي اجتماع الحولين م: (فتداخل) ش: حينئذ الحولان م: (وعند البعض) ش: أي بعض المشايخ م: (هو) ش: أي المجيء م: (مجرى على حقيقته) ش: أي على حقيقة المجيء ، وهو دخول السنة م: (والوجوب) ش: أي وجوب الجزية م: (عند أبي حنيفة - رحمه الله - بأول الحول ، فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء) ش: تحقيقًا عند أبي حنيفة ، ولذاك قال هو في الزكاة إنما يجب في أول الحول .

م: (والأصح أن الوجوب) ش: أي نفس الوجوب م: (عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي - رحمه الله - في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه) ش: أي عن القتل إذ القتال م: (لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه) ش: أشار به إلى قوله لأن القتل إنما يستوفى الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض له ، قاله الأترازي .

وقال الكاكي : قوله على ما قررناه وهو الجزية بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وهذا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي ، فكذلك وجب أن يكون الحكم في أيديهما كذلك أيضًا وهو أن لا يجب بنصرة ماضية ، ويجب بنصرة مستقبلة ، فينبغي أن يجب في أول الحول لتحقق سببه ، وهو وجوب النصرة عليهم بالمال ، بخلاف الزكاة ، لأنها تجب في المال النامي الحول للتمكن من الاشتمال اشتمال الحول على الفصول الأربعة ، فيتعذر إتمامه بعد مضي الحول ، يعني إنما وجب لما لم يتحقق إلا في المستقبل بعذر إيجابه بعد مضي الحول ، يعني م: (فتعذر إيجابه) ش: ما وجب م: (بعد مضي الحول ، فأوجبناه في أوله) ش: أي في أول الحول ، لأنه أول أوقات إمكان الوجوب .

* * *

فصل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام ، لقوله- عليه السلام - :«لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ». والمراد إحداثها

م: (**فصل**)

ش: هذا فصل في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا بما يتعلق بالسكنى وغيرذلك من أحوالهم . م: (**ولا يجوز إحداث بيعة**) ش: بكسر الباء م: (**ولا كنيسة في دار الإسلام**) ش: يقال كنيسة اليهود والنصارى لتعبدهم .

وكذلك البيعة كان مطلقًا في الأصل ، ثم غلب استعمال البيعة لمتعبد اليهود ، والكنيسة لمتعبد النصارى م: (**لقوله- عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة**) ش: هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » وضعفه . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام بلفظ المصنف - رحمه الله - .

وروى ابن عدي في «الكامل» عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبنى كنيسة في الإسلام ، ولا يبنى ما خرب منها » وفي إسناده سعيد بن سنان واعلم به ، وقال عامة ما يرويه عمر محفوظ ، وعن أحمد وابن معين ضعيف . وقال ابن القطان وفيه من الضعفاء غير سعيد بن سنان وهو محمد بن جامع أبو عبد الله العطار . قال أبو زرعة : ليس بصدوق ، وفيه أيضًا سعيد بن عبد الجبار ضعيف بل متروك وحكى البخاري أن جرير بن عبد الحميد كان يكذبه .

قوله: لا خصاء بكسر الخاء مصدر خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والإخصاء في معناه خطأ ، ذكره في «المغرب» ، والوجه في الجمع بين الخصاء والكنيسة أن الخصاء نوع ضعف في الإنسان في الخطأ ، وكذا الكنيسة في دار الإسلام تورث الضعف في الإسلام أو في الخطأ تغيير عما عليه أصل الخلقة ، وكذا في بناء الكنيسة تغييرعما عليه بها دار الإسلام .

قلت الأوجه أن يقال سئل النبي ﷺ عن الخصاء ، واتفق أن سائلاً آخر سأل عن الكنيسة فأجابهما بقوله لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ، وهذا من الفيض الإلهي فلله الحمد . وقيل المراد في قوله تعالى ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾ (النساء : الآية ١١٩)، الخصاء. وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء.

م: (والمراد إحداثها) ش: أي المراد من قوله -عليه السلام-: ولا كنيسة ، أي إحداث الكنيسة . وقيل أمصار المسلمين ثلاثة ، أحدها : ما مصره المسلمين منها كالكوفة والبصرة وبغداد

وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها ؛ لأن الأبنية لا تبقى دائمة . ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ،لأنه إحداث في الحقيقة ، والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة ،

وواسط . فلا يجوز فيها إحداث بيعة ، ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم ، ولا يملكون فيه شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس .

وثانيها : ما فتحه المسلمون عنوة ، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالإجماع ، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه ، فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية : يجب هدمه ، وعندنا يأمرهم الإمام أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ، ولكن لا تهدم .

هذا إذا صالحهم بعد الفتح أن يجعلهم ذمة ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، لأن الصحابة - رضي الله عنهم - فتحوا كثيرًا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنائسهم . وكتب عمر ابن عبد العزيز - رضي الله عنه - إلى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة ، وقال ما فتح صلحًا فإن صالحهم على أن الأرض وكذا الخراج لنا فجاز إحداثهم ، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم بالكنائس على ما وقع عليه الصلح على شرط تمكين الإحداث لأئمتهم ، والأولى أن يصالحهم على شرط ما وقع صلح عمر - رضي الله عنه - من عدم إحداث البيعة والكنيسة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ جزية الخنزير .

ولو وقع الصلح مطلقًا لا يجوز الإحداث ولا يتعرض للقديمة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع . وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون .

م: (**وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها**) ش: المراد من القديمة ما كانت قبل فتح الإمام بلدهم ومصالحتهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ، ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة م: (**لأن الأبنية لا تبقى دائمة ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لأنه**) ش: أي لأن النقل م: (**إحداث في الحقيقة**) ش: وقال محمد - رحمه الله - في «نوادر هشام» إن انهدمت كنيسة من كنائسهم أو بيعة أو بيت نار فلهم أن يبنوها كما كانت .

وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخر في المصر . فقوله أن يبنوه كما كانت ، يريد به قد مر بناء الأول ، أما الزيادة على البناء الأول فممنوع ، لأنه إحداث بيعة في المصر .

م: (**والصومعة**) ش: قال الجوهري : فوعلة ، يعني وزنها يدل على أن الواو فيه زائدة ، وهو بيت يبنى بأساس طويل ليعبد فيها بالانقطاع عن الناس ، وهو معنى قوله م: (**للتخلي فيها بمنزلة البيعة**) ش: إنما قال بمنزلة البيعة ، يعني لا يجوز إحداثها مثلما لا يجوز إحداث البيعة . م:

بخلاف موضع الصلاة في البيت ، لأنه تبع للسكنى ، وهذا في الأمصار دون القرى ؛ لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر ، فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر ، والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة ، لأن أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها ؛ لقوله عليه السلام: لا يجتمع دينان في جزيرة العرب .

(**بخلاف موضع الصلاة في البيت**) ش: حتى لا يمنع ، يعني إذا عين موضعًا من البيت للصلاة فيه لا يمنع منه م: (**لأنه تبع للسكنى**) ش: أي لأنه تابع لمسكنه ، فتكون من جملة مسكنه م: (**وهذا في الأمصار**) ش: أي عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة في الأمصار م: (**دون القرى ،لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر**) ش: أي شعائر الإسلام م :(**فلا تعارض بإظهار ما يخالفها**) ش: أي خالف الشعائر .

م: (**وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك**) ش: أي من إحداث البيعة والكنيسة م: (**في القرى أيضًا، لأن فيها بعض الشعائر**) ش: مثل الأذان والإقامة والصلاة بالجماعة م: (**والمروي عن صاحب المذهب**) ش: وهو الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه - ، أي الذي روي عن أبي حنيفة من عدم المنع من إحداث الكنيسة والبيعة .

م: (**في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة**) ش: لم تكن قراها موضعًا فتقيد الأحكام لتعليمهم ، فلم يرد المنع من الإحداث . وقال في «الفتاوى الصغرى» إذا أرادوا إحداث البيع والكنائس في الأمصار يمنعون بالإجماع أما في السواد وذكر في العشر والخراج أنهم يمنعون . وفي الإجارات أنهم لا يمنعون . واختلف المشايخ فيه ، قال مشايخ بلخ يمنع ، وقال الفضلي ومشايخ بخارى : لا يمنع ، وذكر شمس الأئمة السرخسي : الأصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد، وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها أم لا ؟ أما في الأمصار ذكر في الإجارات لا تهدم البيع القديمة بل تترك . وذكر في العشر والخراج أنها تهدم .

م: (**وفي أرض العرب يمنعون من ذلك**) ش: من إحداث البيع والكنائس م: (**في أمصارها وقراها ؛ لقوله- عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ :م: (**لا يجتمع دينان في جزيرة العرب**) ش: هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبي الأحصر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال في مرضه الذي توفي فيه : « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب »[1] ، انتهى . إنما سميت الجزيرة ، لأن بحر فارس بحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها ، وقيل لانجزارها عن موضعها ، والجزر

---

(١) رواه البيهقي في سننه عن ابن شهاب [٩/ ٢٠٨].

قال : ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون الخيل ، ولا يعملون بالسلاح ، وفي «الجامع الصغير» : ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف ،

القطع لأنها جزرت عن المياه التي حواليها لبحور البصرة وعمان وعدن والفرات .

وقال الزهري : سميت جزيرة لأن بحر فارس وبحر السواد أحاطا بجانبيها ، يعني البحر وأحاطت بالجانب الشمالي دجلة والفرات ، وأسند أبو داود عن سعيد بن عبد العزيز قال : جزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى نحو العراق إلى النجف (1) .

وقال المنذري في مختصره : قال مالك : جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروي عنه أنها الحجاز واليمن ، ولما لم يبلغه ملك فارس والروم ، وحكى البخاري عن المغيرة أنها مكة والمدينة . وقال الأصمعي : هي من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول . وأما العرض فمن جدة وما والاها من ثماجيل البحر إلى أطراف الشام . قال أبو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن في الطول .

وأما العرض فما بين مرسل سيرين إلى مقطع السماء . وفي شرح ديوان الفرزدق حفر أبي موسى فاتخذ على خمس مراحل من البصرة . وقال أبو عبيد: أمر رسول الله ﷺ بإخراج اليهود والنصارى من هذا كله .

م: (**قال : ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم**) ش: بكسر الزاي وتشديد الياء الزيّ الهيئة وأصله زوي قلبت الواو ياء ، وأدغمت الياء في الياءم: (**ومراكبهم**) ش: جمع مركوب م: (**وسروجهم**) ش: جمع سرج م: (**وقلانسهم**) ش: جمع قلنسوة . وقال الكرخي : يكون قلانس الرجال سواء طوالاً مضربته م: (**ولا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح . وفي «الجامع الصغير»**) ش: إنما ذكر لفظ «الجامع الصغير» ليعلم أنه تفسير لما ذكره القدوري ، لأن المذكور فيما قبله لفظ القدوري م: (**ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات**) ش: جمع كستج ، وفسره الكرخي ما يحيط العقد ة على وسطه . وعن أبي يوسف كستج خيط غليظ بقدر الإصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ماسرين به من الزنار المتخذة من الإبريسم .

وقال فخر الإسلام : في تفسير الكستيجات هي أعلام الكفر ، وهي فارسية معربة ، وحقيقة الزجر والذل بلغة العجم .

م: (**والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف**) ش: بضم الهمزة والكاف جمع إكاف

---

(1) أبو داود في « الخراج» باب في إخراج اليهود من جزيرة العرب [٣٠٣٣].

وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين . ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز . والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار ، ومن الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام، ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة

بالكسر وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره وهي أن يكون على قربوص السرج مثل الرمانة م: (**وإنما يؤخذون بذلك**) ش: أي بما ذكر من الأشياء م: (**إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين**) ش: يعني في الدين لا في اليدين حتى لا يميلوا إليهم بأن رأوهم أصحاب النعمة والحقص والدعة .

ويقولون إن المؤمنين في مشقة ومحنة وأهل الذمة في راحة ونعمة ، فلذلك وجب تمييزهم بلا أعلام وآثار تدل على الذل ولا يتركون يتحملون ، ولهذا كان عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - يأمر عماله أن يأخذوا أهل الذمة .

م: (**ولأن المسلم يكرم**) ش: لأجل إسلامه م: (**والذمي يهان**) ش: لأجل كفره م: (**ولا يبتدأ بالسلام**) ش: أي الذمي بالسلام م :(**ويضيق عليه الطريق**) ش: يعني يلحق إلى أضيق الطريق م: (**فلو لم تكن علامة مميزة**) ش: على صيغة اسم الفاعل من التمييز م: (**فلعله**) ش: أي فلعل الذمي م: (**يعامل**) ش: على صيغة المجهول م: (**معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز ، والعلامة يجب أن تكون خيطًا غليظًا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار ، من الإبريسم فإنه جفاء**) ش: أي فإن الزنار جفاء، أي خوف وترك الخمس المعشرة م: (**في حق أهل الإسلام**) ش: والإبريسم معرب ، والعرب تخلط فيما ليس من كلامهما .

وقال هو بكسر الهمزة والراء وفتح السين . وقال التمرتاشي : ينبغي في كل بلد من العلامة ما تعارفه أهله ، لأنه المقصود ويعلم بهذا أن الأمصار على هذه العلامة المخصوصة لازم .

م: (**ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات**) ش: كالجلاجل وغير ذلك .

وكذا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح «الجامع الصغير» . وقال أيضًا وكذا من تكون يروه من نسائهم تؤمر باتخاذ علامة فرق الحلات لتميز بذلك من المسلمات . وإذا كانت ممن لا يخرج لا يحتاج إلى العلامة م: (**ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة**) ش: لأن فيه إهانة المسلم في نفس الأمر ، حيث يدعو لعدو الله تعالى ووقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل ، وإهانة للمسلم فضلاً أن يدعو له .

قالوا : الأحق أن لا يركبـوا إلا للضرورة ، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلـوا في جامع المسلمين ، فإن لزمه ضرورة اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت ، ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف . ومن امتنع من أداء الجـزية أو قتل مسلماً أو سب النبي -عليـه السلام- أو زنى بمسلمة لم ينتقض عـهده ؛ لأن الغاية التي ينتهي بهـا القتال التزام الجزية لا أداؤهـا ، والالتزام باق . وقال الشافعي-رحمه الله- : سب النبي -عليه السلام- يكون نقضاً ، لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه ، فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه،

م: (**قالوا**) ش: أي مشايخنا الأخر إن م: (**الأحق أن لا يركبـوا إلا للضرورة**) ش: كالخروج إلى الرهبان وذهاب المريض إلى موضع محتاج إليه ، وكذا إذا استعان بهم الإمام في الحرب .

م: (**وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين ، فإن لزمـه ضرورة اتخذوا سرجًا بالصفة التي تقدمت**) ش: وهي كهيئة الأكف ، إذ السرج للقرابة ، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج ، لأنهن ليسوا من أهل الجهاد م: (**ويمنعون عن لباس يخـتص به أهل العلم والزهد والشرف**) ش: هكذا أمر عمر - رضي الله عنه - .

م: (**ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلمًا أو سب النبي -عليه السلام- أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده**) ش: وقال أصحاب الشافعي : ينقض العهد بجميع ذلك ، كذا ذكر في شرح الأقطع م: (**لأن الغاية التي ينـتهي بها القـتال التزام الجـزية لا أداؤها والالتزام باق**) ش: يعني التـزام الجـزية باق ، فيكون على عهده ، ولقد طول الأترازي هنا في كلامه، وأكثر ما يعجبني أنه أفتى بقتله لسبه النبي ﷺ وكون سبه لله تعالى .

والوجه مع أصحاب الشافعي م: (**وقال الشـافعي - رحـمه الله - : سب النبي -عليـه السلام- يكون نقضًا**) ش: أي للعهد م: (**لأنه لو كان مـسلمًا ينقـض أمانه**) ش: يعني على تقدير أنه لو كان مسلمًا وكان سب النبي -عليه السلام- كان ينقض أمانه .

كذا فسره الشراح - رحمهم الله - م: (**فكذا ينقض أمـانه**) ش: أي أمانه الذي كان له بعقد الذمة م: (**إذ عقد الذمة خلف عنه**) ش: عن الأمان . وقال الشافعي إذا امتنع من بدل الجزية وقبول أحكام الإسلام ينتقض عهده ولا ينتقض بزنا مسلمة وإن غصبها بنكاحها ، أو يفتن مسلمًا عن دينه أو بقطع الطريق أو يؤدي إلى الكفار عينًا أو يدل على عورات الإسلام .

وبه قال مالك وأحمد . وقال مالك : ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا وفي سب النبي - عليه السلام- ، أو ذكر الله تعالى بما لا ينبغي وللشافعي قولان ، أحدهما ينتقض ، والثاني لا ، وفي «شرح الوجيز» امتناع الجزية مع القدرة انتقاض في عهده وأما لعجز لا . أي عن الأمان .

ولنا أن سب النبي -عليه السلام -كفر منه ، والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه . قال : ولا ينقض العهد إلا أن يلتحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا ، لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعرى عقدالذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب . وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد ، معناه في الحكم بموته باللحاق ، لأنه التحق بالأموات ، وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر لا يسترق بخلاف المرتد .

م: (**ولنا أن سب النبي -عليه السلام- كفر منه**) ش: أي من الذمي م: (**والكفر المقارن**) ش: أي المعتزل به م: (**لا يمنعه**) ش: أي لا يمنع الأمان م: (**فالطارئ**) ش: أي الكفر الطارئ بعارض م: (**لا يرفعه**) ش: أي الأمان .

م: (**قال : ولا ينقض العهد إلا أن يلتحق بدار الحرب أو يغلبوا**) ش: أي أهل الذمة م: (**على موضع ، فيحاربوننا لأنهم صاروا حربًا علينا ، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة ، وهو دفع شر الحراب ، وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد**) ش: وبينه المصنف بقوله : م: (**معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات**) ش: بمعنى إذا تاب ورجع لا يقتل ، وإن لحق بدار الحرب ما يعمل في تركته المرتد . فإن خلف امرأة ذمية في دار الإسلام بانت منه لتباين الدارين . وإذا لحقت معه بدارهم ثم عاد إلى دارنا فيهما على حقها ، إلا أن الذمي اللاحق بدراهم إذا غلب عليها يسترق ، والمرتد ما دامت في دارنا لا يسترق ، فإذا لحقت بدار الحرب ثم ثبت استرقت ، ويجوز مع ذلك على الإسلام .

م: (**وكذا في حكم ما حمله من ماله**) ش: يعني أن الذمي الناقض للعهد إذا حمل ماله إلى دار الحرب تكون فيئًا للمسلمين إذا ظهروا عليها بكمال المرتد إذا حمله إلى دار الحرب م: (**إلا**) ش: استثنى من قوله فهو بمنزلة المرتد ، أي إلا أن الذمي لو أسر يسترق بخلاف المرتد م: (**أنه لو أسر لا يسترق**) ش: بل يقتل إن أصر على استرداده ، وكذا يجوز وضع الجزية على ذمي نقض العهد ، ولحق بدار الحرب م: (**بخلاف المرتد**) .

* * *

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة ؛ لأن عمر -رضي الله عنه- صالحهم على ذلك بمحضرمن الصحابة -رضي الله عنهم- ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم ، لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان، فكذا المضاعف . وقال زفر -رحمه الله- : لا يؤخذ من نسائهم أيضاً ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر -رضي الله عنه- هذه جزية فسموها ما شئتم ،

م: (**فصل**)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب ، وذكر هنا في فصل هذا على حدة لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى وبنو تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وائل بن فاسط بن رهيب بن أوضى بن يحيى بن حذيفة بن أسد بن ربيعة بن سادر سلموا أي الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر - رضي الله عنه - إلى بدل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب ، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقات. فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد ذويهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر - رضي الله عنه - في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ، وقال به الفقهاء .

م: (**ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة ، لأن عمر - رضي الله عنه - صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: تقدم هذا في كتاب الزكاة في آخر باب زكاة الخيل م: (**ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم**) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية . وقال الفقيه أبو الليث في شرح «الجامع الصغير» روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال : لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء .

قال الفقيه : وذكر عن أبي الحسن الكرخي أنه قال هذه الرواية أقيس ، لأنه لا يؤخذ من نساء أهل الذمة جزية فكذلك لا تؤخذ من نسائهم - تغلب - مضاعفة الصدقة .

م: (**لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف**) ش: لا تجب عليهم م :(**وقال زفر - رحمه الله - : لا يؤخذ من نسائهم أيضًا**) ش: وفي بعض النسخ من سواهم م :(**وهو قول الشافعي- رحمه الله -**) ش: أي قول زفر وهو قول الشافعي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذمي يؤخذ منهم م :(**جزية في الحقيقة على ما قال عمر - رضي الله عنه - هذه جزية فسموها ما شئتم**) ش: أي هذه الصدقة المضاعفة جزية فسموها حسبما شئتم أنتم .

ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان . ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها، والمصرف مصالح المسلمين ؛ لأنه مال بيت المال ، وذلك لا يختص بالجزية . ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها ، ويوضع على مولى التغلبي الخراج ، أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي . وقال زفر -رحمه الله-: يضاعف لقوله -عليه السلام - إن مولى القوم منهم ، ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف

وهذا أيضًا تقدم في باب زكاة الخيل في كتاب الزكاة ، وأما صبيانهم فلا يؤخذ منهم شيء .

وكذا مجانينهم ، وعند أحمد يجب عليهما كالزكاة م: (ولهذا) ش: أي لكونها جزية في الحقيقة م: (تصرف مصارف الجزية ، ولا جزية على النسوان) ش: فلا يؤخذ شيء من نساء بني تغلب أيضًا .

م: (ولنا أنه) ش: أي أن المأخوذ منهم م :(مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها) ش: أي مثلما وجب ببدل الصلح فتجب عليها م: (والمصرف مصالح المسلمين) ش: هذا جواب من قوله تصرف مصارف الجزية تقريره أن يقال لا نسلم أن كونه مصرف الجزية يدل على أنه جزية لأن مصرفه مصالح المسلمين م: (لأنه مال بيت المال وذلك) ش: أي مصرف مصالح المسلمين م: (لا يختص بالجزية) ش: وحدها ، بل يوضع فيه خراج الأرضين والجزية ، وأما أهله أهل الحرب وغيرها .

م: (ألا ترى أنه لا يراعى فيه) ش: أي في المأخوذ منها م: (شرائطها) ش: أي شرائط الجزية بوصف العقار وغيره من عدم القبول من الثابت وبالإعطاء قائمًا والقابض قاعدًا وأخذ التلبيب والهز م: (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) ش: هذا من مسائل الجامع ، وفسره المصنف بقوله م: (أي الجزية) ش: لأنها خراج الرأس ومولى التغلبي معتقه م: (وخراج الأرض) ش: أي يوضع عليها خراج الأرض م: (بمنزلة مولى القرشي) ش: لا يؤخذ الجزية والخراج من القرشي ، ويؤخذ من مولاه ، فلذلك ها هنا .

م: (وقال زفر - رحمه الله - : يضاعف) ش: أي يضاعف على مولى التغلبي م: (لقوله -عليه السلام-) ش: أى لقول النبي ﷺ: م: (إن مولى القوم منهم) ش: هذا الحديث تقدم في باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز .

وجه استدلاله به ظاهر ، لأن مولاه عليه التضعيف فعليه كذلك ، لأنه منه وهو المروي عن عامر التغلبي أيضًا م: (ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة) ش: لأنه منه بظاهر الحديث ، فكذلك مولى التغلبي .

م: (ولنا أن هذا) ش: أي أخذ مضاعف الزكاة م: (تخفيف) ش: يعني أنه ليس فيه وصف

والمولى لا يلحق بالأصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي في حقه ، ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة ، لأن الغني من أهلها ، وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً ، لأنه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه . قال : وما جباه الإمام من الخراج

الصغار بخلاف الجزية م: (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) ش: أي في التخفيف م: (ولهذا) ش: أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف م: (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيًا) ش: ولم يلحق لمولاه في ترك الجزية ، وإن كان الإسلام على أسباب التخفيف بالتخلص عن التدين بالإمام ، وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي .

وتقرير الجواب أن ذلك م: (بخلاف حرمة الصدقة ، لأن الحرمات تثبت بالشبهات) ش: لأنها في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة م: (فألحق المولى بالهاشمي في حقه) ش: أي في حق ما هو لمولاه ، وهو حرمة الصدقة .

م: (ولا يلزم مولى الغني) ش: جواب عما يقال مال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة ، وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات .

فأجاب بقوله ولا يلزم المولى الغني علينا م: (حيث لا تحرم عليه) ش: أي على الغني م: (الصدقة ، لأن الغني من أهلها) ش: أي من أهل الصدقة في الجملة ، ألا ترى أنه إذا كان عاملاً يعطى من الصدقة ما يكفيه ، وكذلك ابن السبيل يجوز له أخذ الزكاة .

م: (وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين) ش: أي حفظ ، وهو مجهول صانه ، وأصله صون قلبت الواو ألفًا لتحركها وافتتاح ما قبلها وأصل صين صون قلبت الواو ياء ، ثم أبدلت ضمة الصاد كسرة لأجل الياء م: (لشرفه) ش: أي لأجل شرفه .

م: (وكرامته عن أوساخ الناس) ش: وذلك لأجل التعظيم لقرابة النبي ﷺ ، فإذا كان الأمر كذلك م: (فألحق به) ش: أي بالهاشمي م: (مولاه) ش: لأنه نسبة ولم يذكر جوابًا عن الحديث ، وهو أنه ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص .

وهو حرمة الصدقة خاصة فلم يجز التعدية إلى غيرها ، لأن ذلك كان لإظهار فضل قرابة رسول الله -عليه السلام- في إلحاق مولاهم به ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء .

م: (قال: وما جباه الإمام) ش: أي وما جمعه الإمام م :(من الخراج) ش: أي خراج الأراضي

ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين ، وهؤلاء عملتهم ، ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب لا يفرغون للقتال . ومن مات منهم في نصف السنة فلا شيء له من العطاء ، لأنه نوع صلة وليس بدين، ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت

م: **(ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور)** ش: وهو جمع ثغر ، وهو موضع مخاف البلدان م: **(وبناء القناطر)** ش: جمع قنطرة وهو ما يحكم بناؤه ولا يرفع م: **(والجسور)** ش: جمع جسر ، وهو ما يوضع ويرفع م: **(ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم)** ش: بضم العين وتشديد الميم جمع عامل .

م: **(وعلماؤهم منه)** ش: أي من الذي جباه الإمام من الأشياء المذكورة م: **(ما يكفيهم)** ش: أي ما يكفي القضاة وعمالهم والعلماء م: **(ويدفع منه)** ش: أي من الذي جباه أيضًا م: **(أرزاق المقاتلة وذراريهم)** ش: أي وأرزاق ذراريهم ، لأن نقصانهم واجب عليهم ، فلو لم يكن موقوفًا لذراري آبائهم لم يتفرغوا للقتال ولبطل أمر الجهاد الذي من أعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة بأكساب النفقات للذراري .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الذي جباه الإمام م :**(مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال ، وهو)** ش: أي المال الذي جباه م: **(معد لمصالح المسلمين ، وهؤلاء عملتهم)** ش: أي القضاة وعمالهم والعلماء عملتهم وهو جمع عامل م: **(ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب لا يفرغون للقتال)** ش: وقد شرحناه الآن .

م: **(ومن مات منهم)** ش: أي من المذكورين م: **(في نصف السنة فلا شيء له من العطاء)** ش: وهو ما يكتب للقراء في الديوان ولكل من قام بأمر الدين م: **(لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت)** ش: وإنما وضع المسألة نصف السنة لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه ، لأنه قد وافى غناءه ، ويستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الولائم قبل رزق القاضي ومن في معناه في آخر السنة يعطى ، ولو أخذ في أولها ثم عزل أو مات قبل نصفها قيل يجب رد ما بقي من السنة ، وقيل على قياس نفقة المرأة لا يجب .

وقال محمد وأحب إلي رد الباقي ، كذا لو عجل لها نفقته يسترضيها فمات قبل التزوج

وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي ، والله أعلم .

لعدم حصول المقصود ، وعندهما أنها صلة من وجه فيقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ، ذكره في جامع قاضي خان والتمرتاشي . م: (**وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي ، والله أعلم**) ش: إنما قال ذلك لأنه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب من به في الإسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار .

* * *

باب أحكام المرتدين

قال : وإذا ارتد المسلم عن الإسلام -والعياذ بالله- عرض عليه الإسلام، فإن كانت له شبهة كشفت عنه ، لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب ، لأن الدعوة بلغته . قال : ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل . وفي «الجامع الصغير»: المرتد يعرض عليه الإسلام ، فإن أبى قتل حراً كان أو عبداً ، وتأويل الأول

م: (باب أحكام المرتدين)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام المرتدين وهو جمع مرتد ، وهو الذي يرتد ، أي يرجع عن دين الإسلام إلى الكفر -والعياذ بالله تعالى- ولما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ ، لأن الطارئ إنما هو بعد وجود الأصلي .

م: (**قال : وإذا ارتد المسلم عن الإسلام -والعياذ بالله- عرض عليه الإسلام**) ش: وفي أكثر النسخ وإذا ارتد المسلم عن الإسلام عرض عليه الإسلام م :(**فإن كانت له شبهة كشفت عنه**) ش: وفي بعض نسخ القدوري كشفت له .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي ارتد م: (**عساه**) ش: أي لعله م: (**اعترته شبهة**) ش: وفي بعض النسخ اعترضت له شبهة ، يقال عراه أعراه بمعنىً إذا أباح م: (**فتزاح**) ش: ، أي تزال من الإزاحة ، وفي بعض النسخ : فتزاح عنه أي عن الذي ارتد .

م: (**وفيه**) ش: أي وفي عرض الإسلام م :(**دفع شره**) ش: أي دفع شر المرتد م: (**بأحسن الأمرين**) ش: أراد بهما الإسلام والقتل وأحسنهما الإسلام م :(**إلا أن العرض**) ش: أي غير أن عرض الإسلام عليه .

م: (**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**غير واجب ، لأن الدعوة بلغته**) ش: أي لأنه عذر ، ولكن العرض مستحب . وفي الإيضاح ويستحب عرض الإسلام على المرتدين ، لأن رجاء عوده إلى الإسلام ثبت على ما يجيء .

م: (**قال : ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم**) ش: فبها ونعمت م: (**وإلا قتل**) ش: أي وإن لم يسلم بعد ثلاثة أيام قتل إلى ها هنا كلام القدوري مع شرح المصنف إياه م: (**وفي «الجامع الصغير» المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل**) ش: مكانه ، وذكره في شرحه : في المسلم يرتد أن يقتل م: (**حرًا كان أو عبدًا**) ش: وقال فخر الإسلام : ولا يؤخر إلى أن نتمهل ، لأنه قد ارتد بعد المعرفة ، فلا عفو له م: (**وتأويل الأول**) ش: وهو قوله ثلاثة أيام.

أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإيلاء الإعذار ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله- أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي - رحمه الله- أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاثة . ولنا قوله تعالى : ﴿فاقتلوا المشركين﴾ من غير قيد الإمهال ، وكذا قوله عليه السلام: من بدل دينه فاقتلوه،

م: (**أنه**) ش: أي أن المرتد م: (**يستمهل**) ش: على صيغة المعلوم من الاستمهال ، وهو طلب المهلة . حاصل معناه أنه إذا طلب المهلة م: (**فيمهل**) ش: على صيغة المجهول من الإمهال م: (**ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإيلاء الإعذار**) ش: بكسر الهمزة .

أي لاختيار الأعذار كما في شرط خيار قصة موسى ، والعبد الصالح وإن لم يطلب المهلة فالظاهر من حالته أنه متعنت في ذلك ، فلا بأس بقتله ، إلا أن له يستحب أن يستر لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة .

فإن قيل تقدير المدة ها هنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل للقتل فيه ، لأنه المقادير . أجيب : بأن هذا من قبيل إثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ، وورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك كان للتأمل . والتقدير ها هنا أيضًا للتأمل .

م: (**وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك**) ش: أي الإمهال أو التأجيل م: (**أو لم يطلب . وعن الشافعي - رحمه الله - أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلابد من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاثة**) .

ش: وقال الكاكي : ومدة الاشتباه ثلاثة أيام عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول .

وفي أصح قوليه إن تاب في الحال وإلا قتل لقوله -عليه السلام- : « **من بدل دينه فاقتلوه** » وهو اختيار ابن المنذر . وعن علي - رضي الله عنه - يستتاب شهراً . وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده . وقال النخعي يستتاب أبدًا ، وهذا يقتضي أن لا يقتل أبدًا ، وهو مخالف للسنة والإجماع .

م: (**ولنا قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيد الإمهال ، وكذا قوله -عليه السلام- «من بدل دينه فاقتلوه »**) ش: هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - فروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أخرجه البخاري في حديث استتابة المرتدين وفيه من بدل دينه فاقتلوه .

ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ، وهذا لأنه لا يجوز تأخيرالواجب لأمر موهوم . ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل . وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام ، لأنه لا دين له .

وروي عن معاوية بن حيدة أخرجه الطبراني في الكبير قال : قال رسول الله ﷺ : «**من بدل دينه فاقتلوه** » أن لا تقبل توبته عن الكفر بعد إسلامه [1] . وروي عن عائشة – رضي الله عنها – أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط عنها مرفوعًا نحوه سواء .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المرتد م: (**كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال**) ش: إنما قال كافر حربي ، لأنه ليس بذمي ولا مستأمن ، إذ لا يقبل الجزية ، وما طلب الأمان فكان حربيًا فيقتل لإطلاق النص . ولأنه بنفس الردة صار محاربًا لأهل الإسلام فيقتل، إلا إذا استمهل فيمهل ثلاثة أيام كما مر .

ونقل الناطقي في كتاب «الأجناس» عن كتاب «الارتداد للحبس» فأناب المرتد وعاد إلى الإسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الإمام التأجيل أجله الإمام ثلاثة أيام ، فإن عاد إلى الكفر رابعًا ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم وإلا قتل .

وقال الكرخي في «مختصره» : فإن رجع أيضًا عن الإسلام يأتي به الإمام بعد ثلاثة استتابات أيضًا . فإن لم يثبت قتله ولا يؤجله وإن هو تاب ضربه ضربًا وجيعًا ولا يبلغ به الحد، ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص ، فإذا فعل ذلك خلى سبيله . فإن عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدًا ما دام يرجع إلى الإسلام ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم .

وقال أبو الحسن الكرخي : هذا قول أصحابنا جميعًا أن المرتد يستتاب أبدًا . وروي عن علي وابن عمر – رضي الله عنهما – أنه لا تقبل توبة بعد المرة الثالثة ، لأنه مستحق السبي وليس بثابت . م: (**وهذا**) ش: أي قتله للحال من غير إمهال م: (**لأنه**) ش: أي لأن القتال م: (**لا يجوز تأخير الواجب**) وهو القتل م: (**لأمر موهوم**) ش: وهو إسلام المرتد م: (**ولا فرق بين الحر والعبد**) ش: أي لا فرق في قتل المرتد أن يكون حرًا أو عبدًا إذا أبى الإسلام م :(**لإطلاق الدلائل**) ش: هو قوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين** ﴾ وقوله عليه السلام : « **من بدل دينه فاقتلوه** » وغيرهما من غير فصل بين الحر والعبد . م: (**وكيفية توبته**) ش: أي توبة المرتد م: (**أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لا دين له**) ش: يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية يوجب عليه أن يبرأ عن ذلك ، ولكن ليس له دين فلأجل هذا يبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام بعد أن يأتي بالشهادتين .

---

(١) قال الهيثمي : رواه الطبراني في الأوسط وفيه : أبو بكر الهذلي وهو ضعيف . مجمع الزوائد [٦/ ٢٦١] .

ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود . قال : فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على القاتل . ومعنى الكراهية ها هنا ترك المستحب ، وانتفاء الضمان ، لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب . وأما المرتدة فلا تقتل.

قال في شرح الطحاوي : سئل أبو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال : يقول : أشهد أن لا إله إلا الله محمداً عبده ورسوله . ويقر بما جاء من من عند اله من الذي انتحل وأشهد أن لا إله إلا الله وأ ن محمداً عبده ورسوله وقال : ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه ، أي من الذي ارتد إليه فهي توبة أيضاً .

كذا نقل الشيخ أبو الحسن الكرخي عن أبي يوسف ، وقال في شرح الطحاوي : إسلام النصراني أن يقول : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، ويبرأ من النصرانية ، وإن كان يهودياً يبرأ من اليهودية .

وكذلك إذا كان كل ملة توقف عليها . وأما إذا قال : أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله فإنه لا يكون مسلماً بهذا الاسم ، لأنهم يقولون هذا إلا أنهم إذا فسروا قالوا رسول الله إليكم ، هذا في اليهود والنصارى والذمي بين ظهراني أهل الإسلام .

وأما إذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال : أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، فهذا دليل الإسلام، أو قال محمد رسول الله، أو قال : دخلت في دار الإسلام ، أو قال : دخلت في دين محمد عليه السلام ، فهذا دليل إسلامه ، ذكره في كتاب المرتد .

م: **(ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود)** ش: لأنه مسلمة للمرتد بعد ما كان عليه إذا تبرأ عما انتقل إليه حصل المقصود والإقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ، ولا شيء على القاتل)** ش: لأن القتل وجب عليه بالنصوص لمجرد الكفر ، فلم يجب الضمان على قاتله لوجود المبيح م: **(ومعنى الكراهية هاهنا ترك المستحب)** ش: لأن في القتل تفويت الغرض المستحب.

وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله م: **(وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب)** ش: لأن الكافر إذا بلغه الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه، بل يستحب ، فكذا هنا .

وفائدة الاستحباب محل قتله العرض م: **(وأما المرتدة فلا تقتل)** ش: ولكن حتى تسلم سواء كانت حرة أو أمة ، ولو قتلها قاتل لم يجب عليه شيء .

وقال الشافعي -رحمه الله-: تقتل لما روينا، ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنها جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة، وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها. ولنا أن النبي -عليه السلام -نهى عن قتل النساء ،

م: (**وقال الشافعي-رحمه الله - : تقتل**) ش: وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث والزهري والنخعي والأوزاعي ومكحول وحماد وإسحاق. وهو قول أبي يوسف أولاً، ذكره أبو الليث م: (**لما روينا**) ش: وهو قوله عليه السلام: « **من بدل دينه فاقتلوه** » ومن تعم الرجال والنساء.

وروى الدارقطني أن امرأة يقال لها مروان ارتدت فأمر عليه السلام أن تستتاب، فإن تابت وإلا قتلت م: (**ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنها جناية مغلظة فتناط بها**) ش: أي يتعلق بها م: (**عقوبة مغلظة**) ش: وهو القتل م: (**وردة المرأة تشاركها فيها**) ش: أي تشارك ردة الرجل في هذه العقوبة م: (**فتشاركها في موجبها**) ش: وهو القتل، لأن الاشتراك في العلة موجب الاشتراك في المعلول، فصار كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، وفيه نظر، لأنه إثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي.

م: (**ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء**) ش: وروى الجماعة إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان.

وفي لفظ البخاري ومسلم: فأنكر قتل النساء والصبيان. وأخرج أبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: «**انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخًا فانيًا ولا طفلاً ولا صغيرًا ولا امرأة**»[1] . . . الحديث، فإذا لم يقتل بالكفر الأصلي فبالطارئ بطريق الأولى كالصبي.

وروى الدارقطني في « سننه » عن عبد الله بن عيسى الجزري حدثنا عقال شعير عن عاصم عن أبي ربيعة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: « **لا تقتل المرأة إذا ارتدت** »[2] ، قال الدارقطني: وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عقال وغيره، هذا لا يصح عن النبي ﷺ.

والجواب عن الحديث الذي اتضح به الشافعي أنه عام متروك الظاهر، لأن من بدل دينه من اليهودية إلى النصرانية أو من النصرانية إلى اليهودية أو من الكفر إلى الإسلام لا يقتل مع وجود التبديل على الرجل المرتد توفيقًا بين الحديثين.

---

(١) أبو داود في كتاب (المغازي) باب في قتل النساء [٢٦١٤] قال صاحب نصب الراية: وخالد بن الفزر قال ابن معين: ليس بذاك. راجع ترجمته في ضعفاء ابن الجوزي [١٠٨٢].

(٢) الدارقطني في الحدود (٣/ ١٠٧)، وراجع ترجمة عبد الله في ضعفاء ابن الجوزي [٢٠٨٧].

ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عنه دفعاً لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية . بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية . قال : ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار ، فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد . وفي «الجامع الصغير» : وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها . أما الجبر فلما ذكرنا من المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ،

م: **(ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء)** ش: الذي هو من الله إظهار علمه ، لأن الناس يمتنعون خوفًا من لحوقه ، فصاروا في المعنى كالمحورين، وفيه إخلال بالإسلام م :**(وإنما عدل عنه)** ش: أي عن هذا الأصل م: **(دفعًا لشر ناجز)** ش: أي واقع م: **(وهو الحراب)** ش: يقال : ناجزًا مناجزًا ، أي يتداخل .

م: **(ولا يتوجه ذلك)** ش: أي الحرب م: **(من النساء لعدم صلاحية البنية)** ش: يعني بنيتهن غير صالحة لذلك .

م: **(بخلاف الرجال ، فصارت المرتدة كالأصلية)** ش: كالكافرة الأصلية والكافرة الأصلية لا تقتل، فكذا المرتدة .

وقال الأكمل : ما قيل إن النبي ﷺ قتل مرتدة فقد قيل إنه عليه السلام لم يقتلها لمجرد الردة، بل لأنها كانت شاخة شاعرة تهجو رسول الله ﷺ ، وكان لها ثلاثون ابنًا وهي تحرضهم على قتال رسول الله ﷺ فأمر بقتلها .

م: **(قال : ولكن تحبس حتى تسلم ، لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه)** ش: أي إيفاء حق الله تعالى م: **(بالحبس كما في حقوق العباد)** ش: حيث تحبس لإيفاء ما عليها من الحق .

م: **(وفي« الجامع الصغير »)** ش: إنما أعاد رواية«الجامع الصغير» لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والأمة م: **(وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها ، أما الجبر فلما ذكرنا)** ش: يعني أنه امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار م: **(من المولى)** ش: أي وأما الإجبار من المولى م: **(لما فيه من الجمع بين الحقين)** ش: أي حق الله تعالى وهو الجبر على الإسلام وحق العبد وهو الاستخدام .

وفي «الإيضاح »قال أبو حنيفة -رضي الله عنه - : إن احتاج المولى إلى خدمتهما دفعها القاضي إليه وأمره أن يجبرها إلى الإسلام وأرسل إليها القاضي كل أيام يهددها ويضربها أسواطًا حتى تموت أو تسلم . والصحيح أنه يدفعها إلى المولى احتاج أو استغنى طلب أم لا ، لأن الحبس

ويروى: تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام . قال : ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعى ، فإن أسلم عادت إلى حالها . قالوا هذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما لا يزول ملكه ، لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص . وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل . ولا قتل إلا بالحراب وهذا

تصرف فيها ، وذا إلى المولى .

فإن قيل : للمولى حق الاستخدام في العبد والأمة جميعًا ، فكيف دفعته إليه الأمة دون العبد .

أجيب : بأن العبد إذا أبى يقتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى .

م: (ويروى : تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام) ش: وعن الحسن أن المرتدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطًا حتى تموت أو تسلم .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته) ش: أي بسبب ردته م: (زوالاً مراعى) ش: أي محفوظًا موقوفًا حتى يتبين حاله . وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد في رواية ، وبيانه في قوله م: (فإن أسلم عادت) ش: أي أمواله م: (إلى حالها) ش: أي تبقى ملكًا له كما كانت م: (قالوا) ش: أي المشايخ م: (هذا) ش: أي الذي ذكره القدوري من الزوال المراعي قول أبي حنيفة -رضي الله عنه- .

وفي بعض النسخ م: (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: وهو الأصح م: (وعندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (لا يزول ملكه) ش: وبه قال الشافعي في قوله ، واختاره المزني وأحمد في ظاهر الرواية ، وبه قال ابن المنذر وأكثر أهل العلم على أنه لا يزول بمجرد الردة م: (لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل بقي ملكه) ش: ولا يتمكن من إقامة التكلف وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالقود والرجم وهو معنى قوله م: (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) ش: فإن ملكه لا يزول بإباحة دمه .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أنه) ش: أي أن المرتد م: (حربي مقهور) ش: أما كونه حربيًا ، فلأنه كافر غير مستأمن والحربي كذلك ، لأنه كافر غير مستأمن . وأما كونه مقهورًا فلأنه م: (تحت أيدينا حتى يقتل) ش: وقد زالت عصمة نفسه بالردة حتى يستحق القتل ، ولذلك إن زالت عصمة نفسه تبعًا له م: (ولا قتل إلا بالحراب) ش: فكان القتل هنا مستلزمًا للحراب ، لأن نفس الكفر ليس مبيح له ، ولهذا لا يقتل الأعمى والمقعد والشيخ الفاني ، وقد تحقق اللزوم بالاتفاق ، وهو كونه : من يقتل فلابد من لازمه وهو كونه حربيًا (وهذا) ش: أي كونه حربيًا

يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ، ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم ، وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب . وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه . قال : وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله-

---

مقهوراً تحت أيدينا م: **(يوجب زوال ملكه ومالكيته)** ش: بالجر عطفًا على قوله : ملكه، لأن المقهور به أمارة المملوكية ، فإذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته وارتفاعها مستلزم ارتفاع الملك ، لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك بحال .

م: **(غير أنه)** ش: أي أن المرتد م: **(مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه)** ش: أي على الإسلام ، وذلك موجب بقاء المالكية ، لأنه حي مكلف يحتاج إلى ما تمكن منه من أداء ما يتكلف به ، فبالنظر إلى الأول يزول وبالنظر إلى الثاني لا يزول م: **(فتوقفنا في أمره)** ش: فقلنا بزوال موقوف .

م: **(فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم)** ش: أي في حق بقاء ملكه على ماله ، واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن جبر عليه وعن بينونة امرأته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة ، لأن ردته لا تجعل كأنه لم تكن في هذه الأحكام م :**(وصار كأن لم يزل مسلمًا ولم يعمل)** ش: على صيغة المجهول م: **(السبب)** ش: أي سبب المرتد ونكله وهو الارتداد .

م: **(وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه)** ش: بدار الحرب م: **(استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه)** ش: مبتدأ إلى وقت الردة ، كما في البيع بشرط الخيار للمشتري . م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين)** ش: وقال الأترازي : فلو قال : وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب ، فحكم بلحاقه كان أولى ، لأن حكم الحاكم باللحاق مثل موته ، انتهى .

قلت : لم يقل هكذا هنا لا كفاية بما ذكره قبله ، قيل إنه تكرار .

قلت: لا ، لأن الأول لفظه ، والثاني لفظ القدوري م: **(وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئًا)** ش: يعني غنيمة للمسلمين .

م: **(وهذا)** ش: أي المذكور م: **(عند أبي حنيفة - رحمه الله -)** ش: وبه قال زفر والحسن ، كذا ذكره الكرخي .

وقال أبو يوسف -رحمه الله- ومحمد-رحمه الله- : كلاهما لورثته. وقال الشافعي - رحمه الله- : كلاهما فيء لأنه مات كافراً، والمسلم لا يرث الكافر ، ثم هو مال حربي لا أمان له، فيكون فيئاً . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه، فينتقل بموته إلى ورثته ، ويستند إلى ما قبيل ردته ، إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم . ولأبي حنيفة-رحمه الله- : أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة . ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ، ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- اعتباراً للاستناد. وعنه أنه يرثه من كان وارثاً له وقت

م: (وقال أبو يوسف - رحمه الله - ، ومحمد - رحمه الله - كلاهما) ش: يعني الكسبان جميعًا م: (لورثته . وقال الشافعي - رحمه الله - : كلاهما فيء) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئًا) ش: يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد م: (أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) ش: إشارة إلى قوله : لأنه مكلف يحتاج إلى آخره م: (فينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته) ش: هذا جواب عما يقال : هذا توريث المسلم من الكافر ، فأجاب بقوله : ويمتد، أي إلى إرسال .

وخرج في «المبسوط» ويستند التوريث إلى ما قبل ردته، فيكون كأنه كسب الردة كسب الإسلام م : (إذ الردة سبب الموت) ش: ولما كان سبب الموت جعل موتًا حكمًا ، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته حكمًا م: (فيكون توريث المسلم من المسلم) ش: بهذه الحيثية .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه يمكن الاستناد) ش: أي إسناد التوريث م: (في كسب الإسلام لوجوده) ش: أي لوجود الكسب م: (قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) ش: أي لعدم الكسب قبل الردة .

م: (ومن شرطه) ش: أي من شرط إسناد التوريث م: (وجوده) ش: أي وجود الكسب قبل الردة ليكون توريث المسلم من المسلم ، لأنا لو قلنا بالتوريث فيما كسب في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر، وذلك لا يجوز م: (ثم إنما يرثه) ش: أي إنما يرث المرتد م: (من كان وارثًا له حالة الردة ، وبقي وارثًا إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة- رحمه الله - اعتباراً للاستناد) ش: ذكر هذه الروايات تفريعًا لمسألة القدوري، وهذه الرواية رواية الحسن م: (وعنه أنه يرثه من كان وارثًا له وقت

الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت ، وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت ، لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة ، لأنه يصير فاراً ، وإن كان صحيحاً وقت الردة

الردة) ش: وولد له من علوق حادث وبقي إلى موته يرثه .

ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته ، وولد من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية م: **(ولا يبطل استحقاقه)** ش: أي استحقاق الوارث م: **(بموته)** ش: قبل موت المرتد م: **(بل يخلفه وارثه . لأن الردة بمنزلة الموت)** ش: في حكم التوريث . ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ، ولكن يخلفه وارثه فيه ، وهذا مثله.

م: **(وعنه)** ش: أي وعن أبي حنيفة هذه الرواية رواها محمد عن أبي حنيفة م: **(أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت)** ش: سواء كان موجودًا عند الردة أو حدث بعدها . وفي المبسوط هذا أصح م: **(لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه)** ش: أي تمام السبب م: **(كالحادث قبل انعقاده)** ش: أي قبل السبب فلا جرم تعتبر زمان الموت ، لأن السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل أو الموت .

وهذا م: **(بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض)** ش: بغير الولد الحادث في المشتراة قبل القبض ، حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة ، حتى إذا هلك من يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك معه العوض وبقي الثمن كله متعلقًا بالأصل ، كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل انعقاد السبب وهو البيع .

قال في «النهاية» : وحاصله أنه على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما : كونه وارثًا وقت الردة ، وكونه باقيًا إلى وقت الموت أو القتل، حتى لو كان وارثًا ثم مات قبل موت المرتد أو جد وارث بعد الردة فإنه لا يرثانه .

وعلى رواية أبي يوسف: يشترط الوصف الأول دون الثاني ، وعلى رواية محمد : يشترط الوصف الثاني دون الأول .

م: **(وترثه)** ش: أي ترث المرتد م: **(امرأته المسلمة إذا مات)** ش: أي المرتد م: **(أو قتل على ردته وهي في العدة)** ش: الواو فيه للحال م: **(لأنه يصير فاراً ، وإن كان)** ش: أي المرتد والواو للاتصال م: **(صحيحًا وقت الردة)** ش: لأن الردة سبب الهلاك كالمرض، فأشبه بردته التي حصلت بها بينونة الطلاق في حالة المرض.

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء ، بخلاف المرتد عند أبي حنيفة- رحمه الله- ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة ، بخلاف المرتد . قال : وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه

والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في العدة . وفي رواية أبي يوسف : يرث وإن انقطعت العدة ، لأن العدة تغير قيام السبب وقت الردة ، ذكره في «المبسوط».

فإن قيل : أضاف أبو حنيفة التوريث إلى ما قبل الردة ، وذلك مستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول، لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كان مدخولاً بها أو لم تكن .

أجيب : بأن الموت الحقيقي سبب للإرث حقيقة يستوي فيه المدخول بها وغيرها . وأما الردة فإنها جعلت موتًا حكمًا ليكون توريث المسلم ، فهي ضعيفة في السببية فلا من تقررها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة .

م: (**والمرتدة كسبها**) ش: أي كسب المرتدة م: (**لورثتها ، لأنه لا حراب منها**) ش: أي من المرأة . ومعنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، فالردة لا تزيل عصمة نفسها حتى لا تقتل، فكذا لا تزيل عصمة مالها ، فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثًا لورثتها . فإذا لم يكن حراب منها م: (**فلم يوجد سبب الفيء**) ش: فلا يترتب عليه الحكم م :(**بخلاف المرتد عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: فإن كسبه فيء لكونه محاربًا في الحال أو في المآل باللحاق .

وحاصل العرف أن عصمة المال تابعة للنفس ، فالمرتدة لا تقتل فلا تسقط عصمة نفسها ، فكذا لا تسقط عصمة مالها ، بخلاف المرتد فإنه يقتل فيسقط عصمة نفسه ، فكذا عصمة ماله لما ذكرنا م: (**ويرثها**) ش: أي المرتدة م: (**زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة**) ش: الواو فيه للحال م: (**لقصدها إبطال حقه**) ش: أي حق الزوج بقصد الفرار من ميراث الزوج .

م: (**وإن كانت**) ش: أي المرتدة م: (**صحيحة لا يرثها ، لأنها لا تقتل ، فلم يتعلق حقه بمالها بالردة**) ش: لأنها ماتت بنفس الردة ، فلم يضر فيه على الهلاك لأنها لا تقتل م: (**بخلاف المرتد**) ش: فلا يكون في حكم الفارة المريضة ، فلا يرث زوجها منها ، بخلاف المرتد منفصل بقوله : فلم يتعلق حق بمالها .

وفي المرتد يتعلق حقها بماله إذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته أو في مرضه ، لأنه مستحق القتل فكان فاراً بالارتداد فورثته .

م: (**قال : وإن لحق بدار الحرب**) ش: حال كونه م: (**مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه**

وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ، ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي -رحمه الله- : يبقى ماله موقوفاً كما كان ، لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام . ولنا أنه صار مرتداً باللحاق من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى ، فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا ، فلا بد من القضاء . وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها ، كما في الموت الحقيقي ، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه في قول محمد - رحمه الله -، لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال .

وأمهات أولاده) ش: من جميع المال ، كذا في شرح الطحاوي م: **(وحلت الديون التي عليه)** ش: يعني ديونه المؤجلة م: **(ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي - رحمه الله -: يبقى ماله موقوفًا كما كان**) ش: في دار الإسلام ، ويحفظه الحاكم وبه قال مالك وأحمد . والذي نقله المصنف عن الشافعي وأحمد ، وأقواله .

كذا قاله الأكمل : وليس له إلا قولان ، أحدهما : ما نقله ، والآخر أن ملكه يزول م: **(لأنه)** ش: أي لأن إلحاقه بدار الحرب م: **(نوع غيبة، فأشبه الغيبة في دار الإسلام**) ش: فلا يتغير حكم ماله .

م: **(ولنا أنه صار مرتداً باللحاق من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام)** ش: ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ **أو من كان ميتًا فأحييناه** ﴾ (الأنعام : الآية ١٢٢) ، أي كافرًا فهديناه م: **(لانقطاع ولاية الإلزام)** ش: هذا تعليل لقوله : وهم أموات لأنه بإلحاق ينقطع عنه الأحكام كما ينقطع عنه بموته .

وهو معنى قوله م: **(كما هي)** ش: أي أحكام الإسلام م :**(منقطعة عن الموتى فصار**) ش: أي المرتد باللحاق م: **(كالموت إلا أنه)** ش: أي غير أنه م: **(لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلابد من القضاء**) ش: لترجح جانب عدم العود إلينا م: **(وإذا تقرر موته)** ش: أي موته الحكمي بالقضاء م: **(ثبتت الأحكام المتعلقة به**) ش: أي بالمرتد .

م: **(وهي ما ذكرناها**) ش: أي الأحكام المتعلقة به ما ذكرناها من عتق مدبريه أو أمهات أولاده وحلول ديونه المؤجلة ونقل كسب الإسلام إلى ورثته م: **(كما في الموت الحقيقي)** ش: أي كما تثبت هذه الأحكام في الموت الحقيقي .

م: **(ثم يعتبر كونه**) ش: أي كون وارث المرتد م: **(وارثًا عند لحاقه**) ش: أي عند لحاق المرتد بدار الحرب م: **(في قول محمد -رحمه الله - لأن اللحاق هو السبب**) ش: لزوال ملكه م: **(والقضاء لتقرره)** ش: أي لتقرير السبب ، وقيل : لتقرير اللحاق وهما متفاوتان م: **(بقطع الاحتمال**) ش: أي احتمال العود إلى دار الإسلام .

وقال أبو يوسف- رحمه الله - : وقت القضاء لأنه يصير موتاً بالقضاء . والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف ، وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته . قال العبد الضعيف عصمه الله : هذه رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام ، فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة ، وعنه على عكسه ، وجه الأول: أن المستحق بالسببين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين ، فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة، ليكون الغرم

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله - : وقت القضاء) ش: أي يعتبر كونه وارثًا وقت القضاء باللحاق م: (لأنه) ش: أي لأن المرتد م: (يصير موتًا بالقضاء) ش: أي بقضاء القاضي واللحاق غلبة م: (والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) ش: أي على هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فعند أبي يوسف : يعتبر وجود الوارث وقت القضاء، وعند محمد : وقت اللحاق أو معناه على هذا الذي ذكرناه من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين ونقل الكسب إلى الورثة ، لكن إلى ورثته قبل اللحاق أو وقت القضاء على الاختلاف م: (وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته) ش: هذا كله قول القدوري .

م: (قال العبد الضعيف - عصمه الله -:) ش: أي المصنف م: (هذه رواية عن أبي حنيفة - رحمة الله- وعنه) ش: أي وعن أبي حنيفة -رحمه الله - م: (أنه) .

وقال الأترازي : إن الشأن م: (يبدأ) ش: في قضاء الذي م: (بكسب الإسلام) ش: وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة م: (فإن لم يف بذلك) ش: أي فإن لم يكن في كسب الإسلام وفاء بالدين م: (يقضى من كسب الردة . وعنه) ش: أي وعن أبي حنيفة م: (على عكسه) ش: أي يقضى كسب الردة ، فإن لم يف يقضى من كسب الإسلام ، وهذه الرواية رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

م: (وجه الأول) ش: أي وجه المذكور الأول وهو قضاء دين على كل حال من كسب تلك الحال م: (أن المستحق بالسببين مختلف) ش: أحدهما : بالسبب الواقع في حالة الإسلام ، والآخر : بالسبب الواقع في حالة الردة مختلف ، لأن الحد الواقع بالسبب في حالة الإسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة .

م: (وحصول كل واحد من الكسبين) ش: أي من كسب الإسلام وكسب الردة م: (باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم

بالغنم . وجه الثـاني : أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلـفه الوارث فيه . ومن شـرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث ، فيقدم الدين عليه . وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده ، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر ، فحينئذ يقضى منه كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين .ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ها هنا . وجه الثالث : أن كسب الإسـلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فـكان قضاء الدين منه أولى ، إلا إذا تعذر بأن لم يف به ، فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديماً لحقه.

بالغنم) ش: أي بإزاء الغنم .

م: (وجه الثاني) ش: وهو الذي يبدأ فيه بكسب الإسلام م :(أن كسب الإسلام ملكه) ش: أي ملك المرتد وأوضح ذلك بقوله م: (حتى يخلفـه الوارث فيه) ش: بضم الفاء ، لأن حتى للحال. قوله فيه : أي في كسب الإسلام م :(ومن شرط هـذه الخلافة الفـراغ عن حق المورث) ش: أراد أن الوارث إنما يكون خلفًا عن الميت إذا لم يكن عليه دين ، فإذا كان عليه دين م: (فيقدم الدين عليه) ش: أي على الوارث .

م: (وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده) ش: أي عند أبي حنيفة م: (فلا يقضى دينه منه ، إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر) ش: أراد به كسب الإسلام م :(فحينئذ يقضى منه) ش: أي من كـسب الردة كـالذمي ، جواب سـؤال يرد عليه ، وهو إن كسب الردة لما لم يكن مملوكًا له كيف يؤدى منه دينه إذا لم يكن له كسب الإسلام ؟

فأجاب بقوله : م: (كالذمي) ش: يعني هذا غير بعيد ، فإن الذمي م: (إذا مات ولا وارث له) ش: الواو فيه للحال م: (يكون ماله لجماعة المسلمين ، ولو كان عليه دين يقضى منه، كذلك هاهنا) ش: أي كذلك الحكم في هذا الوجه .

م: (وجه الثـالث) ش: وهو البداءة من كسب الردة فإن لم يف فمن كسب الإسلام م :(أن كسب الإسلام حق الورثة ، وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه) ش: أي من كسب الردة م: (أولى إلا إذا تعـذر بأن لم يف به) ش: أي كسب الردة م: (فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديمًا لحقه) ش: أي لحق المرتد ، لأن الدين مقدم على الإرث وفيه بحث من أوجه :

الأول : ما قيل إن هذا ناقض قوله ، أما كسب الردة فليس بمملوك لبطلان أهلية الملك بالردة .

والثاني : أن كـون سبب الإسلام حق الورثة ممنوع ، فإن حقـهم إنما يكون متعلقًا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث .

والثالث : أن قضـاء الدين من خالص مـاله واجب من حق غيره ممتنع ، فلا وجه بقوله : فكان قضاء الدين منه أولى .

وقال أبو يوسف ومحمد : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما، والله أعلم . قال : وما باعه أو اشتراه أو رهنه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف ، فإن أسلم صحت عقوده. وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز ما صنع في الوجهين .

وأجيب عن الأول : بأن المعنى من خلوص الحق هنا أن لا يتعلق حق الغير به كما يتعلق في مال المريض . ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكًا له ، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذي إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا .

وعن الثاني : أن الدين إنما يتعلق بماله عند الموت ، لا ما زال من قبل وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة وكسب في الردة هو ماله عند الموت يتعلق الدين به .

وعن الثالث : بأن كسب الإسلام بعرضية أن يكون خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضه ، أي يصير خالص حقه، ولاشك أن قضاء الدين من الأول أولى، هذا على طريق أبي حنيفة .

م: **(وقال أبو يوسف ومحمد : تقضى ديونه من الكسبين)** ش: أي كسب الإسلام ، وكسب الردة م: **(لأنهما)** ش: أي لأن الكسبين م: **(جميعًا ملكه حتى يجري الإرث فيهما ، والله أعلم)** ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وما باعه)** ش: أي الذي باعه المرتد م: **(أو اشتراه أو رهنه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه)** ش: أي الذي تصرف فيه م: **(من أمواله في حال ردته فهو موقوف)** ش: دخل بقوله : ما باعه ، والمعطوفات عليه يدخل فيه .

فهو جملة اسمية في محل الرفع على أنها خبر المبتدأ ، أعني قوله : وما باعه ، والمبتدأ إذا تضمن معنى الشرط تدخل في خبره الفاء على ما عرف في موضعه ، وأوضح معنى الموقوف بقوله م: **(فإن أسلم صحت عقوده)** ش: المذكورة م: **(وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت)** ش: هذه العقود .

م: **(وهذا)** ش: أي كون هذه التصرفات موقوفة م: **(عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** ش: إنما قال المصنف : هذا ، لأن القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع .

م: **(وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز ما صنع في الوجهين)** ش: أحدهما : الإسلام، والثاني : أخذ الرجف السلامة من الغرق والقتل واللحاق .

اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام : نافذ بالاتفاق : كالاستيلاد والطلاق ، لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، وتمام الولاية . وباطل بالاتفاق : كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له .

وفي «الشامل» : جمع تصرف المرتد في حالة ردته من بيع وشراء وعتق وتدبير وكتابة ووطء، أو غالبه جائز إن أسلم، وباطل إن لحق السبب فإنه يثبت عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف : يجوز كما يجوز من الصحيح ، وعند محمد كما يجوز من المريض .

م: (**اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام**) ش: قسم منها م: (**نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق**) .

ش: فإن قلنا : كيف يقدم طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة .

قلت: هذا ليس بممنوع ، ألا ترى أن المسلم إذا أبان زوجته ثم طلقها في عدتها جاز ، فكذا هذا . يمكن ألا تقع البينونة بالردة أصلاً كما إذا ارتد الزوجان معًا طلقهما بعد الردة فلا يرد السؤال .

وفي «المحيط» : أن التفرقة التي تقع بالارتداد يقع بعدها الطلاق ، فكان طلاق المرتد واقعًا كما لو طلقت بالإبانة بالطلاق البائن م: (**لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك**) ش: قوله : ولا يفتقر إلى حقيقة الملك ، يرجع إلى قوله كالاستيلاد، أي لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك بدليل أن الاستيلاد يصح في جارية الابن وإن لم يكن فيها ملك حقيقة، بل له حق التمليك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاد من حاجته .

م: (**وتمام الولاية**) ش: يرجع إلى الطلاق وفيه لف ونشر، أي لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه مع أنه لا ولاية له على نفسه أصلاً . ومن هذا القسم النافذ تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون .

م: (**وباطل بالاتفاق**) ش: أي القسم الثاني من تصرفات المرتد باطل بالاتفاق بين أصحابنا م: (**كالنكاح والذبيحة، لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من النكاح والذبيحة م: (**يعتمد الملة**) ش: بلا اختلاف بين العلماء م: (**ولا ملة له**) ش: أي للمرتد، لأنه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل .

فإن قيل : أي شيء يريد بالمسألة إن ردت مسألة الإسلام ينقض بأهل الكتاب وإن أردته الملة السماوية ينقض بصحة نكاح المشرك والمجوسي فيما بينهم ، وليس لهم ملة سماوية أصلاً لا تقريره ولا حجة فيه. قال عليه السلام : «ولدت من نكاح لا من سفاح ».

قلنا : قال الإمام ظهير الدين في فوائده : راجعت الفحول في هذا فلم أجد جوابًا شافيًا ، وكنت في ذلك متمليًا حتى هجنت فؤادي .

وموقوف بالاتفاق: كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم . ومختلف في توقفه وهو ما عددناه . لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ، ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً . وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ، ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه .

وقال : المعنى من الملة التي تدينون بذلك النكاح المتوارث ، لأن عند ذلك حصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل ، والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة ، فلا يصح نكاحهما ، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس ، فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح . بخلاف المجوس والمشركين، فإنهم يدينون بذلك النكاح المتوارث .

م: **(وموقوف بالاتفاق)** ش: أي القسم الثالث من تصرفات المرتد موقوف باتفاق أصحابنا م: **(كالمعاوضة)** ش: معناه : أن المرتد إذا فاوض مسلمًا يعني شركة المعاوضة يوقف فإن أسلم نفذت المعاوضة وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه في دار الحرب بطلت المعاوضة بالاتفاق .

م: **(لأنها)** ش: أي لأن المعاوضة م: **(تعتمد المساواة)** ش: وقد علم أن المعاوضة أن يضمن وكالة ونكالة وأن يساويا مالاً وتصرفًا ودينًا فلا تصح بين حر وعبد ذمي وبالغ ومسلم وكافر لعدم التساوي م: **(ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم)** ش: وفي «الكافي » إذا بطلت المعاوضة تصير عنانًا يعني شركة عنان . وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لأن في اكتنازه وكالة وهي موقوفة .

م: **(ومختلف في توقفه)** ش: أي القسم الرابع من تصرفات المرتد مختلف فيه هل هو نافذ أم باطل أو موقوف فقال : هذا القسم مختلف في توقيفه ، وأشار إلى بيانه بقوله م: **(وهو)** ش: أي المختلف فيه م: **(ما عددناه)** ش: من البيع والشراء والإعتاق والهبة ونحو ذلك، فقال أبو حنيفة - رحمه الله- : موقوف إن أسلم جاز ما صنع ، وإن مات أو قتل على ردة أو لحق بدار الحرب بطل ذلك كله . وقال أبو يوسف ومحمد : نافذ ، كذا قال الصدر الشهيد في شرح «الجامع الصغير» .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: **(أن الصحة)** ش: أي صحة التصرف م: **(تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبًا)** ش: ألا ترى أن القتل يحسب عليه بارتداده .

ولو كانت أهليته معدومة أو ناقصة لم يجب عليه القتل م: **(وكذا الملك)** ش: لا شك في بقائه م: **(لقيامه قبل موته)** ش: أي قيام ملكه قبل موته م: **(على ما قررناه من قبل)** ش: إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل قيام ملكه قبل موته م: **(لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه)** ش: فلو كان ملكه زائلاً يرثه بهذا الوالد .

ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت ، إلا أن عند أبي يوسف - رحمه الله- تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل ، وصار كالمرتد . وعند محمد -رحمه الله- تصح كما تصح من المريض ، لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه ، فيفضي إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل . ولأبي حنيفة : أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك، وتوقف التصرفات بناء عليه ، وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر، وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله،وكذا المرتد

م: (**ولو مات ولده**) ش: أي الولد المولود قبل الردة م: (**بعد الردة قبل الموت لا يرثه**) ش: فلو لم يكن قائمًا بعد الردة لورثه هذا الولد ، لأنه كان حيًا وقت ردة الأب .

ولما كان ملكه قائمًا م: (**فتصح تصرفاته قبل الموت إلا أن عند أبي يوسف - رحمه الله - تصح كما تصح من الصحيح**) ش: يعني من جمع المال م: (**لأن الظاهر عوده إلى الإسلام ، إذ الشبهة تزاح**) ش: أي تزال وهو من الإزاحة وهي الإزالة م: (**فلا يقتل**) ش: حينئذ م: (**وصاركالمرتد**) ش: ، حيث لا يقتل .

م: (**وعند محمد- رحمه الله - : تصح**) ش: أي تصرفاته م: (**كما تصح من المريض**) ش: يعني من ثلث المال ، لأنه على شرف الهلاك حقيقة م: (**لأن من انتحل إلى نحلة**) ش: أي لأن من أثبت إلى دين ، وفي «ديوان الأدب» يقال : انتحل فلان قول غيره أو شعر غيره إذا ادعاه لنفسه ، والنحلة بكسر النون وسكون الحاء المهملة الدعوى .

قال الأترازي : وكأنه أراد به هنا من أثبت إلى الدعوى م: (**لا سيما**) ش: أي خصوصًا حال كونه م: (**معرضًا عما نشأ عليه**) ش: قوله م: (**قلما يتركه**) ش: جواب من ، أي قلما يترك الذي انتحل ، أي م: (**فيفضي إلى القتل ظاهرًا، بخلاف المرتدة، لأنها لا تقتل**) ش: فلا يعتبر استمرارها على ما انتحلت إليه أولاً ، واحتج محمد على أبي يوسف بأنه إذا أمر لوارث بدين لم يجز .

م: (**ولأبي حنيفة أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك**) ش: إشارة إلى ما ذكروا من تعليل أبي حنيفة بقوله : وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا عند قوله ويزول ملك المرتد م: (**وتوقف التصرفات بناء عليه**) ش: أي على توقف الملك .

م: (**وصار**) ش: أي هذا المرتد م: (**كالحربي يدخل دارنا**) ش: أي دار الإسلام م :(**بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتوقف تصرفاته لتوقف حاله**) ش: أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن .

م: (**كذا المرتد**) ش: وإن ترك بعد فكذلك ها هنا . وقال الأترازي في قوله : كالحربي إلى حد وسطه ، لأن الحربي الداخل دارنا بغير أمان فيء ، فكيف تتوقف تصرفاته . فلو قال كالحربي

واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللاً في الأهلية ، بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية . وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ، ولهذا لا تقتل ، فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً ، فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه . وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه . بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه .

الذي أسر عليها أيضًا لكان ذكره أولى . انتهى .

ونقل الأكمل هذا بقوله : واعترض عليه بأن الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيئًا، فكيف تتوقف تصرفاته . ثم قال : والاعتراض بجواز المن يسقط الاعتراض .

م: (**واستحقاقه القتل**) ش: جواب عن قولهما : لا خفاء في وجود الأهلية وتقريره لا نسلم وجود الأهلية ، لأن الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد، كما أنها ليست بموجودة في الحربي ، لأن كل واحد منهما يتحقق القتل م: (**لبطلان سبب العصمة**) ش: وزاد بسبب العصمة الإسلام م :(**في الفصلين**) ش: يعني في فصل الحربي وفصل المرتدة م: (**فأوجب**) ش: أي بطلان سبب العصمة م: (**خللاً في الأهلية**) ش: .

فإن قيل : لو كان استحقاق القتل موجبًا لخلل في الأهلية أثر في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي استحق القتل ، وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل .

فأجاب المصنف عن ذلك بقوله : م: (**بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية**) ش: يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة، والزاني والقاتل ليسا كذلك ، لأن الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية، لأن العصمة باقية فيهما لبقاءالإسلام .

م: (**وبخلاف المرأة**) ش: جواب عن قولهما : وصار كالمرتدم: (**لأنها ليست حربية ، ولهذا لا تقتل**) ش: عندنا إلا إذا لحقت بدارهم فحينئذ تصير حربية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه، فلهذا كانت عقوبة المرتدة كلها جائزة إلا معارضتها، فإنها موقوفة . فإن أسلمت صحت وإلا صارت عنانًا . كما قال في المرتد .

م: (**فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام**) ش: حال كونه م: (**مسلمًا فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لأن الوارث إنما يخلفه فيه**) ش: أي في ماله م: (**لاستغنائه**) ش: أي لاستغناء المرتد عنه حيث أدخل دار الحرب م: (**وإذا عاد**) ش: حال كونه م: (**مسلمًا احتاج إليه فيقدم عليه**) ش: أي على الوارث م: (**بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه**) ش: سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة، أو بسبب لا يلحق الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد ، فذلك كله

وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه ، لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ، ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك ، فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا .وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له ، والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا ،

مأمن ، ولا سبيل للمرتد عليه وهو لا ضمان على الوارث أيضًا ، لأنه إزالة حين كان له سبيل من الإزالة .

وقال الكرخي في «مختصره» : إن كان المكاتب ، أي مكاتب المرتد أدى ما عليه من الكتابة إلى الورثة فيعتق ، ثم جاء المرتد، لما عتق المكاتب فلا يفسخ ، وإن كان ما أداه قائمًا في يد ورثته أخذه المرتد . وقال في شرح الطحاوي : الولاء للمرتد.

م: **(وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه)** ش: حيث لا يفسخ م: **(لأن القضاء)** ش: أي قضاء القاضي بعتقهم م :**(قد صح بدليل مصحح)** ش: وهو قضاؤه عن ولايته ، فلا يحتمل الفسخ م: **(فلا ينقض)** ش: ولايته لما جاء إلينا تائبًا صار كأنه حيا بعد أن مات، فلو حيا حقيقة بعد الموت وإن كان ذلك بخلاف الولادة لم يكن له على أمهات الأولاد والمدبرين سبيل، فكذا هذا .

م: **(ولو جاء مسلمًا قبل أن يقضي القاضي بذلك)** ش: أي بلحاقه م: **(فكأنه لم يزل)** ش: بفتح الزاي م: **(مسلمًا لما ذكرنا)** ش: وهو قوله : إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ، فلا يعتق عليه شيء من أمهات أولاده ومدبريه .

م: **(وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية ، كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد)** ش: أي من حين ارتد م: **(فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه)** ش: وفي «الكافي» وغيره : فجاءت بولد لسنة فألحقوا السنة بالأكثر ، وإنما قيد بالأكثر لأنه لو جاء لأقل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد، وإن كانت أمه تقر أبيه بتيقن وجوده في البطن قبل الردة فلم ينتقض ما ادعاه وقت الردة فيجعل الولد مسلمًا تبعًا للأب، ذكره قاضي خان .

م: **(وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات)** ش: أي الأب م: **(على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا)** ش: إشارة إلى قوله قبل صحته ، لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك فصحت دعوته .

واعلم أن دعوة الولد صحيحة على قولهما بلا إشكال ، لأن عقود المرتد عندهما جائزة ، فكذلك دعوته . أما أبو حنيفة فإنه جعل عقوده موقوفة ، لكن جعل دعوته صحيحة ، لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، ألا ترى أن العبد المأذون إذا ادعى النسب من الجارية التي من

وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد ،أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرهما ديناً ، والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم؛ لأن الأول : مال لم يجر فيه الإرث . والثاني: انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه، وكان الوارث مالكاً قديماً ،

تجارته جاز، وكذلك الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه يرث النسب . وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما ، فإذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور في إرثه وعدمه .

فإن قلت: كيف جعلتم الصبي تبعًا للمرتد فيما إذا كانت أمه يهودية أو نصرانية ولم يجعلوه مسلمًا تبعًا لدار الإسلام .

قلت: تبعية الدار إنما تكون إذا لم يكن معه أحد أبويه . فإذا كان فلانًا ، **فإن قيل :** هذا ينقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما طفل ولد قبل ردتهما فإنه يبقى مسلمًا تبعًا للدار ولا يعتبر مرتدًا تبعًا لهما . وإن ماتا لا نسلم أنه يبقى تبعًا للدار ، بل كان هو مسلمًا تبعًا لأبويه ، فيبقى على ما كان بعد ردتهما ، بخلاف ما يجيء فإن الولد لم يثبت له حكم الإسلام أصلاً ، فجعل تبعًا لأبيه المرتد لقربه إلى الإسلام .

م: **(وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له)** ش: أي للأب م: **(لقربه إلى الإسلام للجبر عليه)** ش: لأنه لا يقر على الردة بل يجبر على الإسلام ، ولا تجبر الأم . ولما كان تبعًا لأبيه م: **(فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد)** ش: ولا يرث من أحد لا من المسلم ولا من المرتد .

م: **(أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعًا لها ، لأنها)** ش: أي لأن الأم م :**(خيرهما دينًا)** ش: والولد يتبع خير الأبوين دينًا م: **(والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك)** ش: أي غلب على ذلك م: **(المال فهو فيء)** ش: أي غنيمة لأنه مال حربي ، فيكون حكمه حكم سائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين .

م: **(فإن لحق)** ش: أي بدار الحرب م: **(ثم رجع)** ش: إلى دار الإسلام م :**(وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم ؛ لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث)** ش: فهو مال لحربي ، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة م: **(والثاني)** ش: أي المال الثاني م: **(انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه ، وكان الوارث مالكًا قديمًا)** ش: والمالك القديم إذا وجد ماله في القسمة أخذه مجانًا ، فإن لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسألة بحالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة أيضًا ، لأنه شيء لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود ، فكان فيئًا ظاهرًا . وفي بعض روايات السير يكون فيئًا لا حق للورثة فيه ، لأن الحق لا يثبت لهم إلا

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة ، والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم ، لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه . وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب ، أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا : الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة ، لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله ، وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين .

بالقضاء .

م: **(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلمًا فالكتابة جائزة)** ش: خلافًا للأئمة الثلاثة .

م: **(والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ)** ش: أو أدبه قضاء القاضي باللحاق م: **(فجعلنا الوارث الذي)** ش: هو ابن المرتد الذي ، م: **(هو يكون خلفه)** ش: أي خلف أبيه المرتد م: **(كالوكيل من جهته)** ش: أي من جهة المرتد لأنه لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط أبيه على ماله وجعله خلفًا عنه في التصرف ، فلما عاد ثبت حكم الإحياء وبطل حكم الموت ولم يفسخ الكتابة لما ذكرنا ، وكان بدل الكتابة لأن أبيه كالوكيل من جهته .

م: **(وحقوق العقد فيه)** ش: أي في عقد الكتابة م: **(ترجع إلى الموكل)** ش: لا إلى الوكيل م: **(والولاء لمن يقع العتق عنه)** ش: ولم يقع إلا عن المرتد الذي أسلم فيكون الولد ولده بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة للوارث ، فإن الولاء حينئذ يكون للوارث لوقوع العتق عنه ، وبخلاف ما لو رجع بعد عتق المكاتب ، فإن الولاء فيه للابن أيضًا .

م: **(وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية)** ش: أي دية القتيل م: **(في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا)** ش: أي قال أبو يوسف ومحمد م: **(الدية فيما اكتسبه)** ش: أي يجب فيما اكتسبه م: **(في حالة الإسلام والردة)** ش: في بعض النسخ جميعًا ، وبقولهما قالت الثلاثة .

وكذا لو كان حيًا في دار الإسلام فالدية في ماله م: **(لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة)** ش: لأن العقل بمعنى النصرة ، والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد م: **(فتكون)** ش: أي الدية م: **(في ماله)** ش: أي في مال المرتد القاتل لانعدام النصرة م: **(وعندهما)** ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: **(الكسبان جميعًا)** ش: أي كسب الإسلام وكسب المرتد م: **(ماله)** ش: أي مال المرتد م: **(لنفوذ تصرفاته في الحالين)** ش: أي في حال كسب الإسلام وحال الردة .

ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما، وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه ، والثاني فيئاً عنده . وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد -والعياذ بالله- ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت ، بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك ، لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار ،

م: (ولهذا) ش: إيضاح لما قبله م: (يجري الإرث فيهما) ش: أي في كسب الإسلام وكسب الردة م: (عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد .

م: (وعنده) ش: أي وعند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (ماله المكتسب في الإسلام) ش: أي مال المرتد هو الذي اكتسبه في الإسلام دون الذي اكتسبه في الردة .

فقوله ماله مبتدأ ، وقوله : المكتسب خبره وليس بصفة له إذ المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة ، وكان حق التركيب أن يقول بضمير الفصل حتى لا يتوهم الصفة كما في قوله تعالى : ﴿والكافرون هم الظالمون﴾ م: (لنفاذ تصرفه فيه) ش: في كسب الإسلام م :(دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه) ش: في كسب الردة .

م: (ولهذا) ش: إيضاح لقوله وماله الكسب في الإسلام م :(كان الأول) ش: أي كسب الإسلام م :(ميراثًا عنه) ش: أي عن المرتد . م: (والثاني) ش: أي كسب الردة أي كان كسب الردة م: (فيئًا) ش: أي غنيمة م: (عنده) ش: أي عند أبي حنيفة .

م: (وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد -والعياذ بالله- ثم مات على ردته من ذلك) ش: أي من القطع م: (أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلمًا فمات من ذلك) ش: أي من القطع م: (فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) ش: أي لورثة المقطوع يده م: (أما الأول) ش: أي الوجه الأول وهو : ما إذا مات على ردته م: (فلأن السراية) ش: أي سراية القطع إلى الموت م: (حلت محلاً غير معصوم فأهدرت) ش: يعني هدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لأنها فور ما حصل في حال لا قيمة لها .

ولم يجب القصاص في اليد، لأن اعتراض الردة صار شبهة ، فإذا لم يجب التطع وجبت دية اليد وهي نصف دية النفس ، لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي في حالة الإسلام، وإنما كانت الدية في ماله لكون القطع عمداً ، أما إذا كان خطأ فقال الحاكم : هي فيء على عاقلته .

م: (بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) ش: يعني لا يجب الضمان أصلاً م: (لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار) ش: يعني الجناية إذا صارت هدراً لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك ،

أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة . وأما الثاني: وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً ، والموت يقطع السراية ، وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى ، فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى . قال: فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد وزفر -رحمهما الله-: في جميع ذلك نصف الدية ، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان . كما إذا قطع يد مرتد فأسلم .

يعني إذا لم يقطع معتبراً ابتداء لا يتغلب معتبراً بعد ذلك ، لأن غير الموجب لا يتغلب موجبًا م: (**أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء ، فكذا بالردة**) ش: أي فكذا يهدر بالردة ، وكذا بالإعتاق وبالبيع أيضًا ، حتى لو قطع عبد يد إنسان ثم باعه المولى ثم رد عليه نصيبه ثم مات فلا يضمن البائع ضمان النفس ، لأنه لما باعه فقد أبرأه عن ضمان السراية من حيث البيع .

م: (**وأما الثاني**) ش: أي الوجه الثاني م: (**وهو ما إذا لحق**) ش: بدار الحرب م: (**ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه**) ش: أي فلأن المرتد اللاحق م: (**صار ميتًا تقديرًا**) ش: من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة م: (**والموت يقطع السراية**) ش: لأن القاضي لما قضى بالحلف صار ميتًا حكمًا كما ذكرنا .

م: (**وإسلامه**) ش: بعد ذلك م: (**حياة حادثة في التقدير**) ش: لأنها نفس أخرى م: (**فلا يعود حكم الجناية الأولى**) ش: وأورد الولوالجي في فتاواه في هذا الفصل عن أبي يوسف روايتين في رواية يضمن دية النفس ، وفي رواية لا يضمن .

وأما إذا عاد مسلمًا بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الإسلام في شرح «الجامع الصغير» : لا نص فيه .

ثم قال : وهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية . وعند صاحبيه يجب دية النفس كاملة وإليه أشار المصنف بقوله م: (**فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى**) ش: أشار به إلى المسألة التي تلي قوله وإذا لم يقض . . . إلى آخره وهو قوله :

م: (**قال : فإن لم يلحق**) ش: أي دار الحرب م: (**وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله**).

م: (**وقال محمد وزفر - رحمهما الله - : في جميع ذلك نصف الدية**) ش: أي فيما إذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلمًا أو لم يلحق وأسلم م :(**لأن اعتراض الردة أهدر السراية ، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان**) ش: لأنه بعد الارتداد صار مباحًا لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء ، فصارت الردة مهدرة كما في قوله من القطع ، وصار م: (**كما إذا قطع يد مرتد فأسلم**) ش: سواء مات من

ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس ، كما إذا لم يتخلل الردة ، وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية . وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب ، وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله ، وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين . وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ أسيراً بماله وأبى أن يسلم فقتل ، فإنه يوفى مولاه ومكاتبه ، وما بقي فلورثته ، وهذا ظاهر على أصلهما ،

القطع أو لم يمت ، حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ، ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه**) ش: أي في محل معصوم كأنه كان في الحالين مسلماً م: (**فيجب ضمان النفس**) ش: وهو الدية الكاملة م: (**كما إذا لم يتخلل الردة**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها**) ش: أي قيام العصمة م: (**في حال انعقاد السبب**) ش: وهو ضمان الجناية م: (**وفي حال ثبوت الحكم**) ش: يوجب الضمان م: (**وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله**) ش: أي من حال انعقاد السبب من حال ثبوت الحكم ، ولا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة ، كما لا يعتبر بنقصان الحول في الزكاة . وقال ابن دريد : أي من هدرالأمر بمعزل ، أي ليفسخ .

م: (**وصار كقيام الملك في حالة بقاء اليمين**) ش: يعني إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أعاد على عدم الملك عند اليمين أو عند الجناية ثم يعتق .

وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستلزم ، لأنها وضعت لتبديل الدين ، وتصح من غير إبراء ، لأنه إذا مات على الردة لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة ، بخلاف بيع العبد المجني عليه ، لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه. فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع التبدل أيضًا ، فصار كالإبراء .

ولم يذكر في الكتاب ما إذا ارتد يقتل أو مات المقطوع يده بالسراية مسلمًا فقال في «الشامل» إن كان عمداً فلا شيء عليه ، لأن القاتل مات وإن كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس ، لأن الجناية انعقدت موجبة للفعل ، لأن الجاني كان مسلمًا يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله .

م: (**وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ أسيراً بماله وأبى**) ش: أي امتنع م: (**أن يسلم فقتل فإنه**) ش: أي فإن الحكم أن م: (**يوفى**) ش: على صيغة المجهول من وفاه حقه التشديد إذا أعطاه واف م: (**مولاه ومكاتبه**) ش: أي بدل الكتابة من ماله م: (**وما بقي**) ش: بعد ذلك م: (**فلورثته**) ش: أي فلورثة المكاتب م: (**وهذا ظاهر على أصلهما**) ش: أي هذا المذكور من الحكم

لأن كسب الردة ملكه إذا كان حـراً فكذا إذا كان مكاتباً . وأما عند أبي حنيفة -رحـمه الله- فلأن المكـاتب إنما يملـك أكسـابه بالكتـابة ، والكتـابة لاتتـوقف بالردة ، فكذا أكسـابه . ألا ترى أنه لا يتـوقف تصـرفه بالأقـوى وهو الرق ، فكـذا بـالأدنى بطريق الأولى.وإذا ارتـد الرجل وامـرأته - والعياذ بالله - ولحـقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحـرب وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء ، لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها

ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد م: **(لأن كـسب الردة ملكه)** ش: أي ملك المرتد م: **(إذا كان حرًا فكذا إذا كان مكاتبًا)** ش: يكون كسبًا له .

م: **(وأمـا عند أبي حنيفـة - رحمـه الله -)** ش: يعني هـذا مشكل على قـول أبي حنيفـة ، لأن كـسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كـان حرًا ، وهـا هنا جـعله ملكًا للمكاتب ، ويحـتـاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكًا له إذا كان حرًا وجعله ملكًا له إذا كان مكاتبًا ، ووجه الفرق ما ذكره بقوله م: **(فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة)** ش: أي بعقد الكتابة .

م: **(والكتـابة)** ش: أي والكتـابة م: **(لا تتوقف بالردة)** ش: أي لا يبطل بهـا ، لأنه لا يبطل بحقيقة الموت ، فكذا بالموت حكمًا بلحوقه في دار الحرب فتكون مكاتبة كمكاتبة الإسلام وجعل كأنه في دار الإسلام ، إذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع ضرورته حربيًا ويجعل في حكم الردة ، وفي دار الإسلام . كذا في جامع شمس الأئمة وقاضي خان .

وإذا لم يتوقف عقد الكتابة بالردة م: **(فكذا أكسابه)** ش: الحاصلة لا توقف ، واستوضح ذلك بقوله م: **(ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفـه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى)** ش: وهـو الردة م: **(بطريق الأولى)** ش: وإنما كـان الرق أقوى من الردة في المانعية عن التصرف ، لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والطلاق ، وعندهما عـامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما ، فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها ثم لما يتوقف تصرفات المكاتب مع كـونه رقيقًا لم يتوقف تصرفه أيضًا مع أنه مرتد أولى .

م: **(وإذا ارتد الرجل وامرأته -والعيـاذ بالله -ولحقا بدار الحرب فـحبلت المرأة في دار الحرب)** ش: وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقًا .

وإن حـبلت في دار الإسـلام فكذلك الحكم م :**(وولدت ولدًا وولد لولدهمـا ولد فظهـر)** ش: بضم الظاء ، أي فـغلب م: **(عليهم جميعًا فالولدان فيء)** ش: أي الولد وولد الولد غنيمة م: **(لأن المرتدة تسترق فيـتبعها ولدها)** ش: لأن الولد يتـبع الأم في الرق والحرية فيكون فيئًا كـمـا يجيء م:

ويجبر الولد الأول على الإسلام ، ولا يجبر ولد الولد . وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله- أنه يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية في الإسلام ، وهي رابعة أربعة مسائل كلها على الروايتين ، والثانية صدقة الفطر ، والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة ، قال : وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة

(**ويجبر الولد الأول على الإسلام**) ش: بإجماع الأئمة الأربعة بعد أن يصير محرراً تبعًا لأبيه م: (**ولا يجبر ولد الولد**) ش: لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين والأحفاد ولا يتبعون الأجداد .

م: (**وروى الحسن عن أبي حنيفة- رحمه الله- أنه**) ش: أي أن ولد الولد م: (**يجبر**) ش: على الإسلام م :(**تبعًا للجد**) ش: لأن الجد له حكم الأب في إنكاح الصغير والصغيرة ، ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ ، وكذلك في بيع مال الصغير ، فكذا في تبعية الإسلام م :(**وأصله التبعية في الإسلام**) ش: أي أصل الخلاف التبعية في الإسلام م :(**وهي**) ش: أن التبعية في الإسلام م : (**رابعة أربعة مسائل**) ش: أي أربع مسائل ، حاصل معناه إحدى أربع مسائل . والفرق بين رابع ثلاثة وبين رابع أربعة هو أن معنى الأول يصير الثلاثة أربعة .

ومعنى الثاني أحدهما لا يحصل الحاصل بحال فلا يتحقق معنى التصيير م: (**كلها على الروايتين**) ش: أي كل هذه الأربعة على الروايتين ، أحدهما ظاهر الرواية ، والأخرى رواية الحسن فالجد فيها على رواية كالأب ، وفي ظاهر الرواية .

م: (**والثانية**) ش: أي المسألة الثانية م: (**صدقة الفطر**) ش: ولا في ظاهر الرواية لا يؤدي الجد صدقة الفطر عن ابن أبيه . وفي رواية الحسن يؤديها إذا لم تكن لابن الابن مالكًا لأب لكن إذا كان الأب فقيرًا .

م: (**والثالثة**) ش: أي المسألة الثالثة م: (**جر الولاء**) ش: قال الحاكم الشهيد في «الكافي» قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : لا يجر الجد الولاء يعني إذا أعتق الجد والحافد معتق والأب رقيق لا يجر ولاء الحافد إلى مواليه . وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء لأب إذا أعتق . ونقل الحاكم في «الكافي» عن الشعبي أنه إذا أعتق الجد جر الولاء .

م: (**والأخرى**) ش: أي المسألة الأخرى وهي الرابعة م: (**الوصية للقرابة**) ش: فإذا وصى لقرابته أو لأقربائه لا يدخل في الوصية الوالد ، لأن الله تعالى جعله أقرب من القرابة ، قال الله تعالى : ﴿ **الوصية للوالدين والأقربين** ﴾ ، ثم الجد لا يدخل أيضًا على رواية الحسن، لأنه كالأب . وعلى ظاهر الرواية يدخل لأنه ليس كالأب .

م: (**قال : وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد**) ش: يعني إذا ارتد يصير مرتدًا م: (**عند أبي حنيفة**

ومحمـد -رحمهما الله- ويجبر على الإسلام ولايقتل ، وإسلامـه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كـافـرين .وقـال أبو يوسف-رحـمه اللـه- : ارتداده ليس بارتداد وإسـلامـه إسلام . وقـال زفـر والشافعي-رحـمهما الله- إسـلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد ، لهمـا في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجـعل أصلاً ، ولأنه يلزمه أحكاماً يشوبها المضرة فـلا يؤهل له . ولنا فيه أن علياً - رضي الله عنه- أسلم في صباه وصحح النبي -عليه السلام -إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ،

ومحمد - رحمهما الله -) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (ويجبر على الإسـلام ولا يقتل . وإسلامه) ش: أي وإسلام الصبي الذي يعقل م: (إسلام) ش: أي معتد به م: (ولا يرث أبويه إن كانا كـافرين . وقال أبـو يوسف - رحمـه الله - : ارتداده ليس بارتداد) ش: يعني ليس بمعتبر م: (وإسلامـه إسلام . وقال زفر والشافعي - رحمـهما الله - : إسلامه ليس بإسلام ، وارتداده ليس بارتداد) ش: يعتبر كلاهما لا يعتبر لأن م: (لهـما) ش: أي لزفر والشافعي م: (في الإسـلام أنه تبع لأبويه فـيـه) ش: أي في الإسلام م :(فـلا يجعل أصـلاً) ش: لأنه مـولى عليه في الإسـلام ، فلا يكون أصلاً له بنفسه م: (ولأنه) ش: أي ولأن الصـبي م: (يلزمه أحكام يشـوبها) ش: من الشـوب وهو الخلط ، يقـال شاب الماء اللبن وهي جملة من الفعل والمفعـول ، وقوله م: (المضـرة) ش: فاعل الجملة لحرمان الميراث ونحوه . والصبي أهل الوجه لا المضرة ، فلا يعتبر إسلامه بلزوم المضرة ، ولأن قول الصبي غير ملتزم ، ألا ترى أنه لو طلق أو علق أو باع أو اشـترى لا يجـوز ، فكذا إذا أسـلم أو ارتد م: (فلا يؤهل له) ش: أى فلا يجعل الصبي أهلاً للإسلام .

م: (ولنا فيه) ش: أي في اعتداد إسلام الصبي م: (أن عليًـا - رضي الله عنه - أسلم في صبـاه وصـحح النبي -عليه السـلام-) ش: وعن عـروة ، أن عـمـره كـان حين أسلم سبع سنين أو ثمـاني سنين . وروى ابن سعد في الطبقات بإسناده عن مجاهد ، قال : أول من صلى علي - رضي الله عنه - وهو ابن عشر سنين . وعن محـمد بن عبد الرحمن بن زرارة قـال : أسلم علي - رضي الله عنه - وهو ابن تسع سنين ولم يعبد وثنًا .

وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : ورُوي عن أحمد - رضـي الله عنه - أسلم علي وهو ابن ثمـاني سنين ، وروي عنه أيضـًا أنه أسلم وهو ابن خـمس عشـرة سنة ولم يصح هـذا . وقـال : والنصـوص عن أحـمد صحة إسلام الصبي ابن سبع سنين ، فقال إذا بلغ الغلام سبع سنين جاز إسلامه ، ويجبر على الإسلام إذا كان أحد أبويه مسلمًا ، فإن رجع عن الإسلام انتظر به حتى يبلغ . فإن أسلم وإلا قتل .

م: (إسلامـه ، وافتخاره بذلك مشـهور) ش: أي وافـتـخـار علي - رضي الله عنه - بإسلامـه مشهور .

ولأن الصبي أتى بحقيقة الإسلام وهي التصديق والإقرار معه ؛ لأن الإقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف ، والحقائق لا ترد ، وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية ، وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ، ثم يبتنى عليه غيرها ، فلا يبالي بشوبه ، ولهم في الردة أنها مضرة محضة ، بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف -رحمه الله ، لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما

م: (**ولأن الصبي أتى بحقيقة الإسلام وهي التصديق والإقرار معه**) ش: وهو ركن الإيمان ، لأن الإيمان هو التصديق بالجنان والإقرار باللسان ، فلذا حصل ذلك والحجر عن الإيمان كفر م: (**لأن الإقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف**) ش: في علم الكلام م :(**والحقائق لا ترد**) ش: لأن الشرع ما يسقط اعتبار حقيقة في موضع ما بغير ضرورة ، بخلاف الأقارير والطلاق ، لأن الشرع أسقط اعتبار حقيقتهما ببعض الأعذار م: (**وما يتعلق به سعادة أبدية**) ش: يجوز أن يكون معطوفًا على التصديق ، أي هو التصديق وهو ما يتعلق . ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون بغير واو .

ويجوز أن يكون وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب عن قولهما ولأنه يلزمه أحكام تشوبها المضرة .

وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فيئًا ، لأنه لا نفل في الإيمان . ومن ضرورة كونه فرضًا أن يكون مخاطبًا به وهو غير مخاطب بالاتفاق ، فإذا لم تكن بصحيحة فرضًا لم تصح ، بخلاف سائر العبادات ، فإنه يتردد بين الفرض والنفل .

والجواب لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضًا أن يكون مخاطبًا ، فإن المسافر إذا حضر جمعة وصلى فرضًا وليس بمخاطب به ، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضًا وليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت .

م: (**ونجاة عقباوية**) ش: نسبته إلى عقبى ، وعقبى كل شيء م: (**وهي**) ش: أي السعادة الأبدية م: (**من أجل المنافع**) ش: أي من أعظمها م: (**وهو الحكم الأصلي**) ش: أي الموضوع له م: (**ثم يبتنى عليه غيرها**) ش: مثل حرمان الميراث م: (**فلا يبالي بشوبه**) ش: لأن المنظور إليه في التصرفات الموضوعة الأصلية .

وقال تاج الشريعة : المراد من الحكم الأصلي ما وضع ذلك الشيء لأجله ، وأما ما ذكر من لزوم أحكام تشوبها المضرة فكذلك [. . . .] .

م: (**ولهم**) ش: أي لأبي يوسف وزفر والشافعي م: (**في الردة أنها**) ش: أي أن الردة م: (**مضرة محضة**) ش: أي من التصرفات الضارة المحضة م: (**بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف - رحمه الله - لأنه تعلق به**) ش: أي بالإسلام م :(**أعلى المنافع**) ش: لأنه منفعة محضة م: (**على ما مر**)

مر . ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل ، لأنه عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم ، وهذا في الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة ، وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

ش: وهو قوله وهي من أجل المنافع ، والمقصود به فوز السعادة الأبدية . ومذهب أبي يوسف وهو القياس في الردة .

م: (**ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - أنها**) ش: أي أن الردة م: (**موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له**) ش: واعترض بأن هذا اعتبار بما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة ، وذلك جمع بين السببين بالقياس فرق الشارع بينهما ، ومثله فاسد على ما عرف في الأصول .

وأجيب : بأن هذا قياس فيها لوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما م: (**ولا يقتل لأنه**) ش: أي لأن القتل ، م: (**عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم**) ش: أي لأجل الترحم عليهم .

قيل في هذا التعليل نظر ، لأنه سقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار الرحمة بصباه ، وما أسقط عقوبة النار مخلداً فإنه ذكر في «الأسرار »و «المبسوط» وجامع التمرتاشي : أنه يعاقب بالردة يوم القيامة . وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة وفيه تأمل .

م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الخلاف م: (**في الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة**) ش: لعدم تمييزه م: (**وكذا**) ش: أي لا يصح ارتداد م: (**المجنون والسكران الذي لا يعقل**) ش: وقال في شرح الطحاوي : ارتداد السكران لا يكون ارتداداً، ولا تبين منه امرأته .

وروي عن أبي يوسف أنه قال : تبين امرأته وعقوده نافذة ، وطلاقه واقع إلا على قول عثمان - رضي الله عنه - لا يقع طلاقه .

فروع : تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن ، فإنه قال لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا . وقيل المرتد إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق ولي ، وبه قال الثوري ومالك وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد : أقيم عليه الحد سواء ألحق بدار الحرب أو لا .

ولا تقبل توبة الساحر في رواية ، وبه قال مالك وأحمد ولا تقبل توبة الزنديق . وقال مالك

....

وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في رواية : تقبل توبة كل مرتد سواء كان كفره مما سقط هو به وأهله ، أو مما نيط به أهله كالزندقة والتعطيل .

ثم للسحر حقيقة وله تأثير في آلام الأجسام . وقال بعض أصحاب الشافعي وبعض الظاهرية : لا تأثير له في الجسم ولا حقيقة له ، وإنما هو تخييل وتعليمه حرام ، وكذا تعلمه بلا خلاف من أهل العلم . ولو اعتقد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر لتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا ، ويقتل . وكذا روي عن عمر وعثمان وابن عمر وجنيد بن عبد الله وأحمد بن كعب وقيس بن سالم وعمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهم - فإنهم قتلوه بدون الاستتابة . وعن الشافعي لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته .

وأما الكاهن : هو الساحر ، وقيل هو العراف الذي يحدث ويحرض ، وقيل هو الذي له وذي من الجن يأتيه بالأخبار . وقال أصحابنا : إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وإن اعتقد أنه لا يحل لم يكفر . وعند الشافعي إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وأنها تفعل بالتيمن يكفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر ، في رواية يقتل لقول عمر - رضي الله عنه - اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وبالله التوفيق .

***

باب البغاة

م: (باب البغاة)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام البغاة ، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاض ، من البغي وهو الخروج عن طاعة الإمام . وأصل البغي الطلب ، قال : ما كنا نبغي ، أي ما كنا نطلب ما لا يجوز شرعًا . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : البغي التعدي ، وبغي الموالي ظلم، وكل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشرع فهو بغي .

وفي كتاب أهل الشرع الخروج عن طاعة الإمام . وقال الأترازي : المراد من البغاة الخوارج ، ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بيان الخوارج . وقال في فصول الأستروشني لابد من معرفة أهل البغي .

فأهل البغي هم الخارجون على إمام الحق بغير حق . بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين، فإن فعلوا الظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغي، وعليه أن يترك الظلم وينصفهم .

ولا ينبغي للناس أن يعينوه ، لأن فيه إعانة على الظلم، وأن لا يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضًا، لأن فيه إعانة لهم على خروجهم على الإمام ، وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ، ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا : الحق معنا فهم أهل البغي ، فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع .

فإنه قال ﷺ : « الفتنة نائمة ، لعن الله من أيقظها » فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للإمام أن يتعرض لهم، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد، كذا ذكر في واقعات الإمام اللاسي .

وذكر العلامي في تهذيبه قال بعض المشايخ : لولا علي -رضي الله عنه- ما دريْنا القتال مع أهل القبلة ، وكان علي - رضي الله عنه - وممن تبعه من أهل العدل وخصمه ومن تبعه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للقبلة، ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا ، إلى هنا لفظ كتاب الفصول .

وقال الكاكي : ثم اعلم أن طاعة الإمام الحق هو الذي أجمع عليه المسلمون أو من ثبتت إمامته بعد إمام الحق واجب وكل من خرج عليه قتاله لقوله عليه السلام : « **من أعطى إمامًا صفقة يده وثمرة قلبه فليعطه ما استطاع ، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر** » رواه مسلم وأجمعت الأمة على قتال البغاة .

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ؛ لأن علياً -رضي الله عنه- فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ،

وأكثر الفقهاء على عدم جواز تكفيرهم. وفي «المحيط» في تكفير أهل البدع كلام، فبعض العلماء لا يكفرون أحدًا منهم وبعضهم يكفرون البعض ، وهو أن كل بدعة تخالف دليلاً قطعيًا فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف دليلاً قطعيًا يوجب العلم فهو بدعة ضلالة ، وعليه اعتمد جماعة أهل السنة والجماعة.

م: (**وإذا تغلب**) ش: مرة قومهم تغلب على بلد كذا أي استولى عليه قهرًا م: (**قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم**) ش: أي الإمام م :(**إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم**) ش: وقال الطحاوي في مختصره : وإذا ظهرت جماعة من أهل القبلة داعية وقاتلت عليه وصار لها منعة ليست عما دعاها إلى الخروج . فإن ذكرت ظلمًا أنصفت من ظالمها وإلا دعيت إلى الرجوع عن البدعة .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه : وإنما سئلت عن ذلك لجواز أن يكون خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها أو على غيرها .

وإن كانوا ممتنعين من الظلم فهم محقون لا يجب قتالهم ، بل يجب معاونتهم لأنهم حينئذ خرجوا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فإذا علم أن خروجهم لم يكن لظلم لحقهم أو لحق غيرهم دعوا إلى الجماعة والدخول في طاعة الإمام .

والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا** ﴾ . . . الآية (الحجرات : الآية ٩) ، فاستفدنا من هذه الآية حكمين ، أحدهما : ما كان لنا طمع في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا أن ندعوهم ونستصلحهم ، لقوله تعالى : ﴿ **فأصلحوا بينهما** ﴾ والثاني : أنهم إذا لم يجيبوا إلى الصلح والرجوع وأظهروا البغي وجب علينا قتالهم.

م: (**لأن عليًا -رضي الله عنه - فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم**) ش: هذا رواه النسائي في سننه الكبرى . وفي خصائص علي -رضي الله عنه- قال : أخبرنا عمرو بن علي حدثنا عبد الرحمن بن مهدي ، حدثنا عكرمة بن عمار حدثني أبو سهيل كمال الحنفي حدثني عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - قال : لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف ، فقلت لعلي : يا أمير المؤمنين ، أبرد بالصلاة دعني أكلم هؤلاء القوم، فقال: إني أخافهم عليك .

فقلت : كلا ، فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها ، فقالوا : مرحبًا بك يا ابن عباس، ما جاء بك ، فقلت : أتيتكم من عند أصحاب النبي ﷺ المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي ﷺ وصهره وعليهم نزل القرآن فهم أعلم بتأويله منكم

....

وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبغلهم ما تقولون ، فانتحى لي نفر منهم .

قلت : هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ وابن عمه وختنه وأول من آمن به ، قالوا : ثلاث ، قلت : ما هي ، قالوا : إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى : ﴿إن الحكم إلا لله﴾ .

قلت : هذه واحدة . قالوا : وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم ، فإن كانوا كفاراً فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم ، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم ، قلت : هذه أخرى ، قالوا : وأما الثالثة فإنه محا نفسه من إمرة المؤمنين ، فإن لم يكن أمير المؤمنين فهو أمير الكافرين .

قلت : هل عندكم شيء غير هذا ، قالوا : حسبنا هذا ، قلت لهم : أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله عز وجل وحدثتكم من سنة نبيه ﷺ ما يرد قولكم هذا أترجعون . قالوا : اللهم نعم .

قلت : أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله - عز وجل - فأنا أقرأ عليكم أن الله تعالى حكم الرجال في أرنب ثمنه ربع درهم ، قال الله تعالى : ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ إلى قوله : ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ . وقال في المرأة وزوجها : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ﴾ أنشدكم أتعلمون حكم الرجال في حق دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم أفضل أو في حكم أرنب ثمنه ربع درهم وفي بضع امرأة ؟ قالوا : بلى هذا أفضل، قال : أخرجت من هذه ؟ قالوا : اللهم نعم .

قلت : وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة - رضي الله عنها- فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم ، لئن فعلتم لقد كفرتم، وإن قلتم : ليست أمنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى : ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم ﴾ فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج ، أخرجت من هذه الأخرى ، قالوا : اللهم نعم .

قلت : وأما قولكم إنه محا نفسه من إمرة المؤمنين فإن رسول الله ﷺ دعا قريشًا يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتابًا فقال : اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ، فقالوا : والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك، ولكن اكتب محمد بن عبد الله .

فقال : والله إني لرسول الله وإن كذبتموني، يا علي اكتب محمد بن عبد الله ، فرسول الله خير من علي ، وقد محا نفسه ، ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوة ، أخرجت من هذه الأخرى، فقالوا : اللهم نعم، فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقاتلوا على ضلالتهم ، فقتلهم

ولأنه أهون الأمرين ، ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه ، فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم . قال العبد الضعيف : هكذا ذكره القدوري في مختصره. وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا ، وقال الشافعي - رحمه الله- : لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة ، لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون ،

المهاجرون والأنصار[1] .

ورواه ابن عبد الرزاق في «مصنفه» وقال في آخره فرجع منهم عشرون ألفًا وبقي أربعة آلاف فقتلوا على ضلالتهم ، وحروراء بفتح الحاء المهملة تمد وتقصر قرية بالكوفة كان لها اجتماع الخوارج فنسبوا إليها ، يقال : فلان حروري من الحرورية .

م: **(ولأنه)** ش: كشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة م: **(أهون الأمرين)** ش: أحدهما : الدعوة إلى الجماعة ، والآخر القتال م: **(ولعل الشر يندفع به)** ش: أي بكشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة. في «المبسوط» : الأحسن أن يقدم ذلك على القتال ، لأن الكي آخر الدواء م: **(فيبدأ به)** ش: أي بكشف الشبهة مع الدعوة م: **(ولا يبدأ)** ش: أي الإمام م :**(بقتال)** ش: البغاة م: **(حتى يبدؤوه ، فإن بدؤوه)** ش: أي بالقتال م: **(قاتلهم حتى يفرق جمعهم)** .

م: **(قال العبد الضعيف)** ش: أي المصنف -رحمه الله - : م: **(هكذا ذكره القدوري في مختصره، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ)** ش: أي الإمام م :**(بقتالهم)** ش: أي بقتال البغاة م: **(إذا تعسكروا واجتمعوا)** ش: الإمام خواهر زاده هو الإمام أبو بكر محمد الحسين البخاري، وسمي خواهر زاده لأنه كان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند صاحب «الذخيرة» و«المبسوط» و«الإيضاح» .

وكان خواهر زاده إمامًا كاملاً في الفقه بحرًا غزيرًا صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط ، مات في سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وهي السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله-، وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة .

م: **(وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز)** ش: البدء بقتالهم م : **(حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة)** ش: وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم م : **(لأنه لا يجوز قتل المسلم)** ش: وفي بعض النسخ لا يحل قتل المسلم م :**(إلا دفعًا)** ش: لقتالهم م : **(وهم مسلمون)** ش: أي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى: ﴿ **فإن بغت إحداهما** ﴾ (الحجرات : الآية ٩) ، أي إحدى الطائفتين من المؤمنين، وقد

---

(١) الحاكم في المستدرك في قتال أهل البغي [٢/ ١٥٠] .

بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم وربما لا يمكنه الدفع ، فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم . وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ، ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ، ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان . والمروي عن أبي حنيفة -رحمه الله- من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام ،

سمى البغاة مؤمنين م: (**بخلاف الكافر، لأن نفس الكفر مبيح عنده**) ش: أي عند الشافعي ، يعني أن علة إباحة القتال وهي الكفر عنده ، وعندنا العلة هو الخراب .

م: (**ولنا أن الحكم يدار على الدليل**) ش: أي دليل القتال م: (**وهو الاجتماع والامتناع**) ش: يعني إذا اجتمعوا فصارت لهم منعة دفعهم بالقتال .

م: (**وهذا**) ش: يعني دوران الحكم على الدليل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم، وربما لا يمكنه الدفع**) ش: أي دفعهم بحصول الشوكة لهم والقوة على المؤمنين ، فإذا كان الأمر كذلك م: (**فيدار الحكم على الدليل**) ش: أي دليل قتالهم وهو شجرهم واجتماعهم م : (**ضرورة**) ش: أي لأجل الضرورة م: (**دفع شرهم**) ش: وفي «المبسوط» و«الإيضاح» : فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة .

ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز قتال أهل الحرب به كالرمي بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار عليهم والبيان بالنبل ، لأن قتالهم حينئذ فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين . وعند الأئمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وإرسال الماء والنار لا يجوز إلا إذا لم يندفعوا بدونه .

م: (**وإذا بلغه**) ش: أي الإمام م :(**أنهم**) ش: أي أن البغاة م: (**يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم**) ش: أي الإمام م :(**ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك**) ش: أي حتى يمتنعوا عما قصدوه، ويقلعوا بضم الياء من الإقلاع وهو الامتناع ، ومنه قوله ﷺ : « **أقلعوا عن المعاصي قبل أن يأخذكم الله** » م: (**ويحدثوا توبة**) بضم الياء ، أي يحدثوا توبة عما هم فيه م: (**دفعًا للشر بقدر الإمكان**) ش: أي لأجل دفع شرهم بحسب إمكانهم .

م: (**والمروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام**) ش: بيان ذلك أن الشيخ أبا الحسن الكرخي قال في مختصره : قال الحسن بن زياد وقال أبو حنيفة إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة ، لقوله عليه السلام : « **من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار** » .

وقال المصنف : **هذا محمول على حال عدم الإمام الداعي إلى القتال** ، أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام كانوا آمنين به وإسلامه ، فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل

أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة ، فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم. وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه . وقال الشافعي -رحمه الله-: لا يجوز ذلك في الحالين ، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً ، وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته ، ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال ؛ لقول علي -رضي الله عنه- يوم الجمل : ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ،

من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرة لإمام المسلمين .

أشار إليه بقوله : م: (**أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب**) ش: لقوله تعالى : **﴿فقاتلوا التي تبغي... ﴾** الآية (الحجرات : الآية ٩) فإن الأمر للوجوب م: (**عند الغناء**) ش: بفتح الغين المعجمة وبالمد، وهو الكفاية م: (**والقدرة**) ش: بالجر عطفًا على ما قبله ، ويجوز أن يكون العطف للتفسير .

فإن قلت: روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة -رضي الله عنهم - قعودهم وترك الإعانة .

قلت: هو أيضًا محمول ، ولكن على عدم قدرتهم على القتال، والعاجز لا يلزمه الحضور .

م: (**فإن كانت لهم فئة**) ش: أي جماعة غير المصدرين للقتال م: (**أجهز**) ش: على صيغة المجهول من أجهزت م: (**على جريحهم**) ش: إذا أسر عن قتله وقد تمت عليه ، يعني كان مجروحًا أشرف على الموت قيمة م: (**واتبع موليهم**) ش: على صيغة المجهول أيضًا وبكسر اللام وسكون الياء .

وهو الذي يولي ويهرب خوفًا بنفسه م: (**دفعًا لشرهم**) ش: أي لأجل دفع شر البغاة م: (**كيلا يلتحقوا**) ش: أي الجريح والمولي م: (**بهم**) ش: أي لبغاة فيميلان إليهم م :(**وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم**) ش: وكلا اللفظين أيضًا على صيغة المجهول م: (**لاندفاع الشر دونه**) ش: أي دون إجهاز جريحهم واتباع موليهم .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يجوز ذلك في الحالين**) ش: أي فيما إذا كانت لهم فئة ، وإن لم يكن لهم فئة م: (**لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعًا**) ش: للشر، لأن شرهم قد اندفع فلا حاجة إلى الامتناع، وهذا لأنه قتال على وجه الدفع، فصار كقتال غير الخوارج.

م: (**وجوابه**) ش: أي جواب الشافعي م: (**ما ذكرناه أن المعتبر دليله**) ش: أي دليل القتال وهو الإجماع م: (**لا حقيقته**) ش: أي لا حقيقة القتال ، وبقولنا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي :

م: (**ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي -رضي الله عنه - يوم الجمل : ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال**) ش: يوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي -رضي الله عنهما .

وهو الذي يقتدى به في هذا الباب . وقوله في الأسير: تأويله إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير ، وإن شاء حبسه لما ذكرنا ، ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ، ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه. وقال الشافعي - رحمه الله -:لايجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن عليًا -

---

وذلك أن عثمان - رضي الله عنه - لما قتل يوم الجمعة لثماني عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين بويع لعلي -رضي الله عنه- بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان، بايعه من كان في المدينة من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم وفيهم طلحة وزيد.

وذكر أنهما بايعاه كارهين غير طائعين ، فخرجا من مكة ومعهما عائشة إلى البصرة يطالبون بدم عثمان ، وبلغ عليًا ذلك فخرج من المدينة إلى العراق ، وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي إلى الكوفة يستنصر أهلها بالمسير معه، فقدموا عليه فأنزلهم البصرة فلقي طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم، فوقع بينهم قتال عظيم ، فظنوهم قتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما ، وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألف قتيل، وإنما سمي يوم الجمل لأن عائشة كانت يومئذ على جمل يسمى عكرا .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبدة بن سليمان عن جرير عن الضحاك أن عليًا - رضي الله عنه - لما هزم طلحة والزبير وأصحابهما أمر مناديًا فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر ، ولا يفتح باب ، ولا يقل قرح ، ولا مال . قوله : ولا يكشف ستر أي لا يسبى نساؤهم وهو القدوة عن علي - رضي الله عنه - .

م: (وهو الذي يقتدى به في هذا الباب) ش: أي في باب قتال الخوارج م: (وقوله) ش: أي قول علي -رضي الله عنه - م: (في الأسير) ش: أي : ولا يقتل أسير م: (تأويله) ش: أي تأويل كلامه م: (إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير ، وإن شاء حبسه لما ذكرنا) ش: أي عند قوله ويحبسهم إلى قوله دفعًا لشرهم ، وعند الأئمة الثلاثة : لا يقتل الأسير بل يحبسه م: (ولأنهم) ش: أي ولأن البغاة م: (مسلمون ، والإسلام يعصم النفس والمال) ش: للحديث المشهور .

م: (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه) ش: أي إلى سلاحهم لأجل القتال م: (وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز) ش: وبه قال أحمد في رواية م: (والكراع على هذا الخلاف) ش: أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ، يعني : يجوز استعمال الكراع وهو الجمل عند الحاجة عندنا . وقال الشافعي وأحمد في رواية : لا يجوز، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية .

م: (له) ش: أي للشافعي م: (أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا : أن عليًا -

رضي الله عنه -قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة ، وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة . ففي مال الباغي أولى . والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى . ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ،ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا . وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ، ولهذا يحبسها عنهم : وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر وأيسر .وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال : وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيًا . لأن ولاية الأخذ له

رضي الله عنه - قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة) ش: وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن مطرف عن مسند عن ابن الحنفية أن عليًا قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح م: **(وكانت قسمته للحاجة لا لتمليك)** ش: يعني كانت قسمته قسمة انتفاع لدفع الحاجة ، لا قسمة تمليك ، ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها ردها إليهم .

م: **(ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى، والمعنى فيه)** ش: أي المعنى المبيح في استعمال أسلحة أهل البغي وكراعهم م :**(إلحاق الضرر الأدنى)** ش: وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع م: **(لدفع الضرر الأعلى)** ش: وهو الضرر العام الواقع على عامة المسلمين ، فيحتمل الأدنى لدفع الأعلى م: **(ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا)** ش: إشارة إلى قول علي -رضي الله عنه - ولا يؤخذ مال .

قال الأكمل : قلت : ليس بذلك ، بل إشارة إلى قوله : لأنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به م: **(وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم)** ش: كيلا يستعينوا بها علينا م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل كسر شوكتهم م :**(يحبسها عنهم ، وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه)** ش: أي أن الإمام م :**(يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر)** ش: للمالك م: **(وأيسر)** ش: للحافظ ؛ لأن إبقاءه يحتاج إلى النفقة والخدمة .

م: **(وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها)** ش: يعني أموال أهل البغي لا يبيعها لعصمتها ، فلا يقسم لأجل هذا بين أهل العدل ، لكنها تجر ضرورة دفع الشر ، فإذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت إليهم .

م: **(قال : وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانيًا)** ش: وبه قال الشافعي وأحمد وابن الماجشون المالكي وابن القاسم لا يعتبر ذلك . وعلى من أخذ منه الزكاة الإعادة ، وبه قال أبو عبيد ، لأن الأخذ ممن لا ولاية له م: **(لأن ولاية الأخذ له)** ش: أي

باعتبار الحماية ولم يحمهم ، فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه. وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله -تعالى- أن يعيدوا ذلك؛ لأنه لم يصل إلى مستحقه . قال العبد الضعيف : قالوا لا إعادة عليهم في الخراج ، لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء ، وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك ، لأنه حق الفقراء، وقد بيناه في الزكاة . وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته . ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء ، لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل . فلم ينعقد موجبًا كالقتل في دار الحرب . وإن غلبوا على مصر فقتل رجلٌ من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر ، فإنه يقتص منه ، وتأويله:

الإمام م :(باعتبار الحماية ولم يحمهم) ش: ألا ترى إلى قول عمر - رضي الله عنه - : إن كنت لا تحمهم فلا تجبهم .

م: (فإن كانوا) ش: أي أهل البغي إن كانوا م: (صرفوه) ش: الذي أخذوه م: (في حقه) ش: أي في الجهة التي عينها الشارع له م: (أجزأ من أخذ منه ، لوصول الحق إلى مستحقه ، فإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله -تعالى- أن يعيدوا ذلك ، لأنه لم يصل إلى مستحقه) ش: لأن سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة .

م: (قال العبد الضعيف) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (قالوا) ش: أي المشايخ : م: (لا إعادة عليهم في الخراج) ش: ديانة أيضًا ، لأنهم محل الخراج م: (لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء ، وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك) ش: لا إعادة عليهم م :(لأنه) ش: أي لأن العشر م: (حق الفقراء) ش: من أهل الإسلام وهذا أوجه م: (وقد بيناه في الزكاة) ش: أي وقد بينا الحكم المذكور قبل فصل في الفضة م: (وفي المستقبل يأخذه الإمام) أي في الحول إلا فيء يأخذ الإمام العشر والخراج م: (لأنه) ش: أي لأن الإمام م :(يحميهم فيه) ش: أي في المستقبل من الزمان م: (لظهور ولايته) ش: حينئذ .

م: (ومن قتل رجلاً وهما) ش: أي والحال أنهما م: (من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم) ش: بضم الظاء ، أي غلب عليهم م :(فليس عليهم شيء) ش: أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص . وقالت الأئمة الثلاثة : يؤخذ بموجب الجناية ، أي جناية كانت بعموم الآية والأخبار م: (لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجبًا كالقتل في دار الحرب) ش: لعدم الولاية م: (وإن غلبوا) ش: أي البغاة م: (على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر) ش: أي غلب عليه بأن رفعت عنها أيدي البغاة م: (فإنه يقتص منه) ش: أي من القاتل م: (وتأويله) ش: أي تأويل قوله : يقتص منه ، وإنما قال المصنف : وتأويله لأن المسألة التي ذكرها من مسائل «الجامع الصغير» ، ولم يذكر فيه ، أي لم يجر على أهله أحكامهم ، وإنما ذكر هذا فخر

إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك ، وفي ذلك لا تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص .وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيًا فإنه يرثه ، فإن قتله الباغي وقال : قد كنت على حق ، وأنا الآن على حق ورثه ، وإن قال: قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -وقال أبو يوسف - رحمه الله -لايرث الباغي في الوجهين ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم ، لأنه مأمور بقتالهم دفعًا لشرهم ، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم . وقال الشافعي -رحمه الله - في القديم : إنه يجب وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسًا أو مالاً . له أنه أتلف مالاً معصومًا . أو قتل نفسًا معصومة فيجب الضمان اعتبارًا بما قبل المنعة .

الإسلام البزدوي في شرحه «للجامع الصغير» ونقله المصنف منه هكذا حيث قال م: (**إذا لم يجر على أهله**) ش: أي أهل المصر م: (**أحكامهم**) ش: أي أحكام البغاة الذين غلبوا عليه .

م: (**وأزعجوا قبل ذلك**) ش: أي أزعج أهل البغي قبل إجراء أحكامهم على أهل المصر وأزعجوا على صيغة المجهول من أزعجه أي قلعه من مكانه م: (**وفي ذلك**) ش: أي وفيما لم يجر أحكامهم م :(**لا تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص**) ش: لأن استيلائهم كان بعارض ، وبقاء ولاية الإمام .

م: (**وإذا قتل رجل من أهل العدل باغيًا فإنه يرثه ، فإن قتله الباغي**) ش: أي وإن قتل الباغي رجلاً من أهل العدل م: (**وقال : قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال : قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه، وهذا**) ش: أي المذكور من الأحكام م :(**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله- . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يرث الباغي في الوجهين**) ش: أي فيما إذا قال : كنت على حق ، وفيما إذا قال : كنت على باطل م: (**وهو قول الشافعي- رحمه الله-**) ش: أي قول أبي يوسف وهو قول الشافعي في القديم .

م: (**وأصله**) ش: أي وأصل هذا الخلاف م: (**أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم ، لأنه مأمور بقتالهم دفعًا لشرهم ، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا**) ش: وبه قال أحمد م: (**ويأثم**) ش: لأنه قتل نفسًا .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - في القديم : إنه يجب**) ش: الضمان . وبه قال مالك م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي المذكور م: (**إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسًا**) ش: أي والحال أنه قد أتلف نفسًا م: (**أو مالاً**) ش: لا يجب الضمان عندنا ، وعلى قول الشافعي في القديم يجب م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أنه أتلف مالاً معصومًا أو قتل نفسًا معصومة فيجب الضمان اعتبارًا بما قبل المنعة**) ش:

ولنا إجماع الصحابة - رضي الله عنهم- ورواه الزهري -رضي الله عنه- ولأنه أتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع ، كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم ،

أي قياس ما إذا تلف قبل أن يكون لهم منعة .

م: (**ولنا إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - ورواه الزهري- رضي الله عنه-**) ش: أي روى محمد بن مسلم الزهري إجماع الصحابة على أنه لا يضمن الباغي إذا قتل العادل .

وقال الأترازي : ذكر أصحابنا في كتبهم لفخر الإسلام وغيره عن الزهري أنه قال : وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فاتفقوا على أن كل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل مال استحق بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع . وما كان قائمًا يرد . انتهى .

قلت: روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أن سليمان بن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ، ثم إنها رجعت إلى أهلها ثانية .

قال الزهري : فكتب إليه أما بعد فإن الفتنة الأولى مارت وأصحاب رسول الله ﷺ فمن شهد بدرًا كريمًا فاجتمع رأيهم على أن لا يقيموا على أحد حدًا في فرج استحلوه ، بتأويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتأويل القرآن . ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن إلا أن يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه ، وإن رأى أن يرد على زوجها وأن يحل من افترى عليها ، انتهى .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الباغي م: (**أتلف عن تأويل فاسد، والفاسد منه**) ش: أي من التأويل م: (**ملحق بالصحيح**) ش: أي بالتأويل الصحيح م: (**إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع**) ش: أي إلى التأويل يتعلق بقوله : ملحق بالصحيح ، أي في دفع الضمان ، بيانه أن الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت أو كبيرة لقوله تعالى : ﴿ **ومن يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالدين فيها** ﴾ (الجن : الآية ٢٣) ، وتأويلهم هذا وإن كان فاسدًا لكن اعتبر في دفع الضمان لما روي عن الزهري آنفًا.

وقال في «تحفة الفقهاء» : هذا إذا أتلفوا في حال المنعة ، فأما إذا أتلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فإنهم يضمنون لأنهم من أهل دار الإسلام ، ثم قال : هذا جواب الحكم وبمعنى أن يضمن كل واحد من الفريقين للآخر ما أتلف من الأنفس والأموال لكونها معصومة في هذه الحالة إلا بطريق الدفع م: (**كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم**) ش: يعني بعدما أسلموا .

وهذا لأن الأحكام لابد فيها من الإلزام أو الالتزام ، و لا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة ،والولاية باقية قبل المنعة ، وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً. بخلاف الإثم لأنه لا منعة في حق الشارع ، إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث . ولأبي يوسف - رحمه الله - في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع . و الحاجة ها هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث . ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضًا ، إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه ،

م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى قوله : والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم م: (**لأن الأحكام**) ش: أي أحكام الشرع في حق الدنيا م: (**لابد فيها من الإلزام أو الالتزام**) ش: يعني الباغي م: (**ولا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل**) ش: أي الالتزام منه لتأويله الفاسد أن يقال : العادل مباح ، ويجوز إراقة دمه لأن من عصى الله صغيرة أو كبيرة فقد كفر م: (**ولا إلزام لعدم الولاية**) ش: أي ولا إلزام على الباغي لعدم ولاية الإمام م :(**لوجود المنعة**) ش: أي منعة أهل البغي الحرب، بخلاف ما قبل ظهور المنعة .

م: (**والولاية**) ش: جواب عن قول الثاني اعتباراً بما قبل المنعة ، أي ولاية الإمام م :(**باقية قبل المنعة**) ش: عليهم كما كانت م: (**وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً**) ش: أي من حيث الاعتقاد.

م: (**بخلاف الإثم**) ش: حيث يثبت سواء كانت لهم منعة أو لم تكن م: (**لأنه لا منعة في حق الشارع**) ش: ومنعتهم في حق الشارع كالمنعة فلا يكون وجود منعتهم دفعًا للإثم م :(**إذا ثبت هذا**) ش: أشار به إلى قوله : لأن الأحكام لابد فيها . . . إلى آخره ، م: (**فنقول : قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث**) ش: لأن حرمان الإرث جزاء فعل محظور فلا يعطى بمباح .

م: (**ولأبي يوسف - رحمه الله - في قتل الباغي العادل : أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع**) ش: أي في حق دفع الضمان م: (**والحاجة ها هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث**) ش: حاصل هذا الكلام أن التأويل الفاسد يعتبر في حق دفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم الإرث ، لأنه قتله بغير حق .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**فيه**) ش: أي في قتل الباغي العادل م: (**أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضًا**) ش: أي في دفع الحرمان عن الإرث أيضًا يعني كما أن تأويله يعتبر في حق دفع الضمان يعتبر أيضًا في دفع الحرمان أيضًا م: (**إذ القرابة**) ش: أي لأن القرابة م: (**سبب الإرث فيعتبر الفاسد**) ش: أي التأويل الفاسد م: (**فيه**) ش: أي في دفع الحرمان من شرطه استثناء من قوله : يعتبر الفاسد .

إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته ، فإذا قال: كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان . قال ويكره بـيع السلاح من أهل الفـتنة وفي عساكـرهم ، لأنه إعانة على المعـصيـة ، وليس ببيـعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح ، وإنما يكره بيع نفس السـلاح لا بيع مـالا يقاتل به إلا بصنـعة ، ألا ترى أنه يكره بيع المعـازف ولا يكره بيع الخشب ، وعلى هذا الخمر مع العنب .

م: (**إلا أن من شرطه**) ش: أي من شرط الإرث م: (**بقاؤه**) ش: أي بقاء الباغي م: (**على ديانته**) ش: يكون مصراً على دعواه ، فإذا رجع فقد بطلت ديانته وهو معنى قوله م: (**فإذا قال : كنت على الباطل لم يوجد الدافع**) ش: أي الضمان م: (**فوجب الضمان**) ش: لعدم الدافع .

م: (**قال : ويكره بيع السلاح من أهل الفـتنة وفي عساكرهم**) ش: أي عساكر أهل الفتنة م: (**لأنه إعانة عـلى المعصيـة**) ش: قـال الله تعـالى : ﴿ **وتعـاونوا على البـر والتـقـوى ولا تعـاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ (المائدة : الآية٢) م: (**وليس بيعه**) ش: أي بيع السلاح م: (**بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس**) ش: بالرفع اسم ليس م: (**لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح**) ش: وأهل الفتنة فيها قليل ، وتقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا منها أولاً فالحكم في غيرها كذلك .

م: (**وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع مـا لا يقاتل به إلا بصنعة**) ش: متجددة ، فإنه لا بأس من أهل الفتنة .

وأوضح ذلك بقـوله م: (**ألا ترى أنه يـكره بيع المعـــازف**) ش: جمع معزف بكسر الميم وهو ضرب من الطنابير تتخذ به أهل اليمن م: (**ولا يكره بيع الخشب**) ش: أي الذي يتخذ منه المعزف م: (**وعلى هذا**) ش: أي الحكم م :(**الخمر مع العنب**) ش: حيث لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع عـصير العنب .

والفرق لأبي حنيفة بين كراهية بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمراً أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة .

فروع : يكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الأماكن إلا إذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به .

قتلى أهل العدل في الحرب شهداء يفعل بهم ما يفعل بالشهداء ، وقتلى أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فئة أو لا ، هو الصحيح ، ولكن يغسلون ويكفنون . وإذا أغاروا مستدلين بنصوص غير متأولين على مدينة وقاتلوا وقتلوا الأنفس وأخذوا أموالاً أخذوا بالجميع ، وكذا إذا خرج جماعة لا منعة لهم ، ولا خلاف فيه لأهل العلم.

ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب وأودع أهل البغي أهل الحرب فأعانهم أهل الحرب على

....

أهل العدل يسبون ويقتلون لأنهم نقضوا العهد .

ولو طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيراً لنا ، ولا يأخذ الإمام منهم شيئًا .

ولو نصب أهل البغي قاضيًا للقضاء إن كان من أهل العدل يجوز بلا خلاف ، وإن كان ممن لا يستحل لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي وأحمد .

ولو كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل كتابًا يقبل بلا خلاف ، والأولى أن لا يقبل كسراً لمواليهم . وعندنا كل متسلط إذا تم تسليطه يصير سلطانًا فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل ، وبالله الرحمة ، وهو ولي التوفيق .



كتاب اللقيط

اللقيط سمي باعتبار مآله ، لما أنه يلقط ، والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه . وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب . قال : اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية ،

م: (كتاب اللقيط)

ش: أي هذا الكتاب في بيان أحكام اللقيط . والمناسبة بين كتاب اللقيط وكتاب السير من حيث إن فيهما عرضة الفوات للأنفس والأموال . وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم، وهو على وزن فعيل بمعنى مفعول من اللقط، وهو الرفع . معناه لغة : ما يلقط ، أي ما يرفع من الأرض ، وفي الشرع : اللقيط اسم المولود طرحه أهله خوفًا من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا .

قال المصنف - رحمه الله - : م: (**اللقيط سمي باعتبار مآله لما أنه يلقط**) ش: أشار به إلى أنه في باب تسمية الشيء باعتبار ما يئول إليه ، كما في قوله : من قتل قتيلاً فله سلبه ، وكما في قوله تعالى : ﴿ **إني أراني أعصر خمراً** ﴾ (يوسف : الآية ٣٦) م: (**والالتقاط مندوب إليه**) ش: أي رفع اللقيط من الأرض مستحب م: (**لما فيه من إحيائه**) ش: لأنه على شرف الهلاك وإحياء الحي بدفع سبب الهلاك ، قال تعالى : ﴿ **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعًا** ﴾ (المائدة : الآية ٣٢) .

ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الرحمة على الصغار، قال ﷺ : « من لم يرحم صغيرنا .... » الحديث ، وفي رفعه إظهار الشفقة على الصغار ، وهو أفضل الأعمال بعد الإيمان بالله، والتعظيم لأمر الله، والشفقة على خلق الله ، كذا في «المبسوط».

م: (**وإن غلب على ظنه ضياعه**) ش: أي على ظن الشخص ضياع اللقيط بتركه م: (**فواجب**) ش: أي التقاطه حينئذ واجب .

وقال الشافعي ومالك وأحمد : رفعه فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ، فحينئذ فرض عين لإجماع الأمة، كمن رأى أعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه عن الوقوع ، وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى : ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى** ﴾ الآية (المائدة : الآية : ٢) .

م: (**قال : اللقيط حر**) ش: أي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، ولا يحد قاذف أمه، ذكره في شرح الطحاوي ، ولا خلاف أنه حر إلا ما روي عن النخعي شاذاً أنه قال : إن رفعه حسبه فهو حر .

وإن أراد أن يسترقه فهو له ، وهذا مخالف لإجماع العلماء ، م: (**لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية**) ش: إذ الناس أولاد آدم وحواء -صلوات الله عليهما وسلامه- وكانا حرين ، ولأن

وكذا الدار دار الأحرار ،ولأن الحكم للغالب ، ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -، ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ، ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد

الرق بعارض الكفر، والأصل عدم العارض.

م: (**وكذا الدار دار الأحرار**) ش: أي الدار دار الإسلام ، فيمن كان فيها يكون حرًا باعتبار الظاهر م: (**ولأن الحكم للغالب**) ش: أي لأن الغالب فيمن سكن دار الإسلام الأحرار والعبرة للغالب م: (**ونفقته في بيت المال**) ش: أي إذا لم يكن معه مال م: (**هو المروي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -**) ش: أما الرواية عن عمر - رضي الله عنه - فأخرجها مالك في «الموطأ» في كتاب الأقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنين أبو جميلة - رجل من بني سليم- أنه وجد منبوذًا في زمن عمر - رضي الله عنه - قال : فجئت إلى عمر وقال : ما حملك على حمل هذه التسمية ؟ فقال : وجدتها ضائعة فأخذتها .

فقال له عريفه : يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، قال : كذلك ، قال : نعم ، فقال عمر - رضي الله عنه - : اذهب به فهو حر وعلينا نفقته .

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» : أخبرنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذًا على عهد عمر بن الخطاب فأتاه به فاتهمه عمر، فأثني عليه خيرًا ، فقال عمر : هو حر وولاؤه لك ، ونفقته من بيت المال .

ورواه الطبراني في «معجمه» من طريق عبد الرزاق ، ورواه الطبراني في كتاب «العلل» وزاد فيه زيادة حسنته وهي أبو جميلة أدرك النبي ﷺ وحج حجة الوداع (١) .

قلت: اسمه سنين بضم السين المهملة وفتح النون وسكون الياء قبل آخر الحروف ، وفي آخره نون ، وكنيته أبو جميلة بفتح الجيم . وقال : ولولا أدرك النبي ﷺ وقال : إنه شهد معه حنينًا ، وحدث عن أبي بكر -رضي الله عنه- ، وروى عنه ابن شهاب يعني محمد بن مسلم الزهري.

وأما الرواية عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - فأخرجها عبد الرزاق ، حدثنا سفيان الثوري عن الزهري عن ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطًا فأتي به إلى علي -رضي الله عنه - فألحقه بأمه انتهى . وذكره الكاكي فقال : عن علي أنه قال : نفقته في بيت المال ، وولاؤه للمسلمين .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن اللقيط م: (**مسلم عاجز عن التكسب ، ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد**

---

(١) قال الهيثمي : رجال هذه الطرق كلها رجال الصحيح إلا هذه الرواية الأخيرة فإنها مرسلة - يقصد رواية الزهري - مجمع الزوائد (٤/ ١٧٠).

الذي لا مال له ولا قرابة . ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان ، و لهذا كانت جنايته فيه ، والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به ليكون دينًا عليه لعموم الولاية . قال: فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه لأنه ثبت حق الحفظ له ولسبق يده عليه فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله، معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه ،

الذي لا مال له ولا قرابة) ش:، والجامع بينهما الإسلام ، والعجز عن الاكتساب وعدم المال وعدم من يجب عليه نفقته م: **(ولأن ميراثه)** ش: أي ميراث اللقيط م: **(لبيت المال)** ش: لعدم وارثه م: **(والخراج بالضمان)** ش: الخراج ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، يقال: خراج غلامه إذا اتفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم ، ومعنى الخراج بالضمان أي الغلة سبب إن ضمنته لعين أن ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان مؤنة نفقته في بيت المال ، لأن الغرم بإزاء الغنم .

وقال الأكمل : قوله : الخراج بالضمان أي له غنيمته وعليه غرمه، أي على العبد المعيب للمشتري قبل ولائه قبل الرد في ضمانه م: **(ولهذا كانت جنايته فيه)** ش: أي ولأجل كون الخراج بالضمان ، وكانت جناية اللقيط في بيت المال .

م: **(والملتقط متبرع في الإنفاق عليه)** ش: أي على اللقيط م: **(لعدم الولاية)** ش: أي لعدم ولايته في تقصير حقه فيكون متبرعًا م: **(إلا أن يأمره القاضي به)** ش: أي بالإنفاق عليه م: **(ليكون)** ش: ما أنفقه عليه م: **(دينًا عليه لعموم الولاية)** ش: أي ولاية القاضي ، وإن أمره القاضي بذلك مطلقًا ، ولم يقل على أن يكون دينًا عليه . ذكر في «مختصر العصام» أنه يكون دينًا عليه ، ويرجع عليه إذا كبر ، ذكر في «الكافي» أنه لا يكون دينًا عليه ، ولا يرجع عليه . وهذا أصح لأن الأمر المطلق محتمل قد يكون للحث في إتمام ما شرع فيه من التبرع .

وقد يكون للرجوع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون دينًا عليه ، وإن كان مع اللقيط مال أو دابة لم ينفق عليه من ماله بأمر القاضي ، لأن اللقيط حر ، وما في يده فهو له لظاهر ما ذكره في فتاوي الولوالجي .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه لأنه ثبت حق الحفظ له ولسبق يده عليه)** ش: أي على اللقيط ، فكان أولى به كما في سائر المباحات م: **(فإن ادعى مدع أنه ابنه ، فالقول قوله)** ش: هذا لفظ القدوري .

وقال المصنف : م: **(معناه)** ش: أي معنى كلام القدوري م: **(إذا لم يدع الملتقط نسبه)** ش: أي نسب اللقيط . أما إذا ادعى الملتقط نسبه فهو أولى لأنهما استويا في الدعوى ، ولأحدهما يد وصاحب اليد أولى .

وكذا إذا كان الملتقط ذميًا فهو أولى من المسلم الخارج حتى إذا كان في يد ذمي يدعي أنه ابنه ،

وهذا استحسان ، والقياس أن لا يقبل قوله ،لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط . وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه ، لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ، ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده . ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسًا واستحسانًا والأصح أنه على القياس والاستحسان ،

وأقام أحد من المسلمين أنه ابنه فهو للذمي بحكم يده .

وأما لو كان مدعيا اللقيط خارجين أحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم ، فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد كذا في «الذخيرة» و«الإيضاح» .

وقال الشافعي وأحمد : الترجيح بقول القافة م: (**وهذا استحسان**) ش: أي هذا الذي ذكره القدوري استحسان م: (**والقياس أن لا يقبل قوله ، لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط**) ش: من حق اللقيط وما لعامة المسلمين من الولاء ، فلا يقبل من غير بينته م: (**وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه**) ش: من حيث وجوب المنفعة والحضانة فقبل قوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللقيط م: (**يتشرف بالنسب ويعير بعدمه**) ش: أي بعدم النسب .

م: (**ثم قيل : يصح في حقه**) ش: هذه إشارة، إلى خلاف المشايخ في ادعاء الخارج أن اللقيط ابنه ، فقال بعضهم : يصح ادعاؤه في حق النسب يعني في حق ثبوته في إبطال يد الملتقط ، وهذا معنى قوله م: (**دون إبطال يد الملتقط**) ش: وقال بعضهم : يقبل قوله فيهما جميعًا .

وهو معنى قوله م: (**وقيل : يبتنى عليه**) ش: أي على ثبوت النسب م: (**بطلان يده**) ش: أي يد الملتقط ، لأن الأب أحق بالولد من الأجنبي، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنًا وإن لم يثبت قصدًا، كما يثبت الإرث بشهادة القابلة على الولادة حكمًا .

م: (**ولو ادعاه الملتقط**) ش: أي ولو ادعى نسب الملتقط وهو الذي التقطه ، وهذا ذكره المصنف تفريعًا لمسألة القدوري م: (**قيل : يصح**) ش: أي ادعاؤه م: (**قياسًا واستحسانًا**) ش: يعني من حيث القياس ومن حيث الاستحسان ، لأنه لم تبطل دعواه حق أحد ، ولا منازع له في ذلك . م: (**والأصح أنه على القياس والاستحسان**) ش: أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان ، يعني في القياس لا يصح ، وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط . ولهذا لم يذكرهما الكرخي .

وإنما ذكرهما الطحاوي فقال : القياس أن لا تصح دعواه إلا ببينته ، وفي الاستحسان تصح بغير بينته .

ثم اعلم أن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الأجنبيين ، بيانه أن دعوى الأجنبيين

وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به ، لأن الظاهر شاهد له . لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ،

إنما لا تصح قياساً للزوم بطلان حق الملتقط ، ودعوى الملتقط إنما لا تصح قياساً لتناقض كلامه ، لأنه لما زعم أنه لقيط كان نافيًا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطًا في يده ، ثم إنه لما أدعى أنه ابنه كان مناقضًا لا محالة وجه الاستحسان ظاهر وهو أن فيه بقاء الصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له أسرى بذلك وفاء .

قيل : من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال ، فربما يكون الصبي منبوذًا بقبض الحوارث ، فيظن الملتقط أنه لقيط ، ثم تبين أنه ولده فلا تناقض إذًا ، ولئن سلمنا التناقض ظاهرًا فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كسب نفسه .

م: (**وقد عرف في الأصل**) ش: أي قد عرف حكم هذا في «المبسوط» ، وهو ما ذكرناه م: (**وإن ادعاه اثنان**) ش: أي وإن ادعى اللقيط شخصان من خارج م: (**ووصف أحدهما علامة في جسده**) ش: أي في جسد اللقيط ، مثل ثيابه أو سلعته أو ثر لذلك ونحو ذلك م: (**فهو أولى به**) ش: أي الذي وصف علامة أولى باللقيط م: (**لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه**) ش: فيجب على اللقيط دفعه إليه .

وقال الشافعي وأحمد وأبو الليث وأبو ثور والأوزاعي : يعتبر قول القافة وإذا اشتبه على القافة أقرع وكذا إذا تعارضت بينتاهما لحديث المدلجي . وقال مالك : لا يثبت النسب ببينة ، أو يكون لدعوى أحدكم بل عرف أنه لا يعيش له الولد فزعم أنه رماه ، لأنه سمع إذا طرح نفس عاش ونحو ذلك مما يدل على صدقه ، وقال أشهب : يلحق بمجرد الدعوى إذا ادعاه ملتقطه أو غيره ، إلا أن بان كذبه كذا في جواهر المالكية .

م: (**وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب**) ش: وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ، وقد مر خلاف الشافعي وأحمد في اعتبارهما قول القافة .

وإن كان المدعي أكثر من اثنين .

روي عن أبي حنيفة أنه جزاء إلى خمسة ، ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف ، وبه قال أحمد في رواية ، وقال محمد : يلحق بأكثر من ثلاثة ، وبه قال أحمد في رواية . في «الإيضاح» : ولو وافق بعض القافة وخالف البعض سقط الترجيح .

وفي «الذخيرة» : وهذا بخلاف في اللقطة لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق من حيث لا يرجح صاحب الوصف ، بل إذا انفرد الواصف بحل الملتقط دفعها عليه ، ولا يجب وهنا يلزمه

ولو سبقت دعوى أحدهما فهو ابنه ، لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه ،إلا إذا أقام الآخر البينة،لأن البينة أقوى .وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين ،أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلمًا ، وهذا استحسان ؛ لأن دعواه تتضمن النسب ، وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره

دفعه ، والفرق أن في فصل اللقيط ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له به كما لو أقام البينة فمعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق .

وأما في اللقيط فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف ، فلو اعتبر الوصف اعتبر أصل الاستحقاق ، والوصف لا يصلح سببًا له فافترقا .

م: (**ولو سبقت دعوى أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى**) ش: لتأكد دعواه بها ، وفي «الشامل» ادعته امرأة أنه ابنها لم يقبل إلا ببينه لأن في دعوى المرأة حمل النسب على الزوج ، وإذا ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص .

وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما ، وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة أيضًا ، وفي وجيز الشافعية ، ولو ازدحم اثنان قدم من سبق فإن استويا قدم الغني على الفقير ، والبلدي على القروي والقروي على البدوي ، وكل ذلك ينظر للصبي ، وظاهر العدالة يقدم على المستور في أحسن الوجهين ، فإن تساويًا من كل وجه أقرع بينهما ، وسلم إلى من خرجت قرعته .

م: (**وإذا وجد**) ش: أي اللقيط م: (**في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلمًا**) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره .

وقال المصنف : م: (**وهذا استحسان**) ش: والقياس أن لا يثبت نسبه من الذمي لأن المنبوذ في دار الإسلام محكوم عليه بإسلامه ، بدليل الصلاة عليه إذا مات ودفنه في مقابر المسلمين ، وإذا ثبت إسلامه بحكم دار الإسلام لا يصدق ذمي على دعواه ، لأن كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهوِّدانه أو ينصرانه أو يمجِّسانه ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله م: (**لأن دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير**) ش: من حيث وجوب النفقة والحضانة . م: (**وإبطال الإسلام**) ش: أي يتضمن دعواه أيضًا إبطال الإسلام م :(**الثابت بالدار**) ش: أي بدار الإسلام م :(**وهو يضره**) ش: أي وإبطال الإسلام يضر اللقيط . ولا يمنع أن يكون الذمي ولد مسلم ، ولهذا يكون ولده مسلمًا إذا أسلمت أمه ، وقال الكرخي في «مختصره »، وقال ابن سماعة عن محمد في «النوادر» في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني ،

قال : فهو ابنه وهو مسلم ، وإن كان عليه رأي الإسلام فإني أجعله مسلمًا وأثبت نسبته من

فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره ، وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة ، أو في بيعة أو كنيسة كان ذميًا ، وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميًا رواية واحدة . وإن كان الواجد مسلمًا في هذا المكان أو ذميًا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه . ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه ، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد ، وهو رواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - لقوة اليد ، ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرًا ، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظرًا للصغير .

النصراني ، لأن ذلك لا يضره ، وينفق عليه ، قال : وإن كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه ، وذلك أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط رأسه مجزوز إلى هنا لفظه .

م: (**فصحت دعوته**) ش: إلى دعوة الذمي م: (**فيما ينفعه**) ش: أي في الشيء الذي ينفع اللقيط وهو الإسلام م :(**دون ما يضره**) ش: وهو إبطال الإسلام م :(**وإن وجد**) ش: أي اللقيط م: (**في قرية من قرى أهل الذمة ، أو في بيعة**) ش: أي وجد في بيعة اليهود م: (**أو كنيسة**) ش: أي أو وجد في كنيسة النصارى م: (**كان**) ش: أي الملتقط م: (**ذميًا**) ش: لأنه لما وجد في مواضع مختصة بهم كان ظاهرًا من حاله أنه متهم م :(**وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميًا رواية واحدة**) ش: من غير خلاف فيها . م: (**وإن كان الواجد مسلمًا**) ش: في حيز الجواز أن يكون لغيرهم ولهذا يحكم منبوذ وجد في دار الحرب لدلالة الظاهر ، وإن جاز أن يكون ولد مسلم تاجر أو أسير وهو الجواب أي الجواب الذي ذكر القدوري .

وهو قوله كان ذميًا لأن لفظه في مختصره م: (**في هذا المكان**) ش: يعني في البيعة والكنيسة م: (**أو ذميًا**) ش: الواجد ذميًا م: (**في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه**) ش: أي في هذا الفصل م: (**ففي رواية كتاب اللقيط**) ش: يعني ففي رواية كتاب اللقيط من «المبسوط» م: (**اعتبر المكان لسبقه**) ش: أي لسبق المكان على يد الواجد ، والسبق من أسباب الترجيح م: (**وفي كتاب الدعوى**) ش: من «المبسوط» م: (**في بعض النسخ**) ش: ويروى في بعض نسخه أي في بعض نسخ الدعوى من «المبسوط » م: (**اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد -رحمه الله - لقوة اليد**) ش: لأنه كالمباحات التي تستحق سبق اليد ، فكان اعتبار الواجد أولى .

ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما**) ش: أي أحد الأبوين م: (**يعتبر كافرًا**) ش: لا مسلمًا م: (**وفي بعض نسخه**) ش: أي في بعض نسخ الدعوى من «المبسوط » م: (**اعتبر الإسلام نظرًا للصغير**) ش: لأنه ينفعه ، والكفر يضره ، وقال الشافعي إن كان يوجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون أو في بلد كان لهم أخذ الكفار

ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم البينة أنه عبده ، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه ، لأنه ينفعه . وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك . والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه

فهو مسلم ، وإن وجد في بلد فتجب المسلمون ، ولا مسلم فيه أو في بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر . وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون فهو مسلم ، وقيل هو كافر ، وبه قال أحمد ومالك اعتبر المكان ، وأشهب اعتبر الواجد في مكان أهل الكفر ترجيحًا للإسلام م : **(ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه)** ش: هذا لفظ القدوري في مختصره . وقال الكاكي : يجب أن يقيد هذا بقيدين أي ادعى الحر المسلم وقيد المسلم لأنه إذا كان المدعي ذميًا ففي قبول نسبه تفصيل إن شهد مسلمان تقبل ، ويجعل اللقيط حرًا مسلمًا ، وإن شهد كافران لا يقبل ، وقبل الجزية لأن المدعي إذا كان عبداً وأضاف ولادته إلى امرأته الأمة فإن فيه خلافًا بين أبي يوسف ومحمد ، فذكر في «الذخيرة» أن الولد حر عند محمد ، وعبد عند أبي يوسف .

م: **(لأنه حر ظاهراً)** ش: لأن الأصل في بني آدم الحرية ، لأن الناس كلهم أولاد آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه ، وهما كانا مسلمين حرين فكان أولادهما أحرارًا تبعًا لهما ، والرق بعارض الكفر ، فكأن الحرية هي الظاهر والحكم بالظاهر إلى أن يثبت خلافه بالبينة وهو معنى قوله م: **(إلا أن يقيم البينة)** ش: أي المدعي الذي ادعى اليتيم م :**(أنه عبده)** ش: فحينئذ يكون عبده ، فإن قيل : البينة لا تقوم إلا على خصم منكر ، ولا خصم هنا ، أجيب : بأن الملتقط خصم لأنه أحق بحقه ، ولا تزول يده إلا بالبينة م: **(فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه)** ش: هذا لفظ القدوري في مختصره .

وقال المصنف : م: **(لأنه ينفعه)** ش: أي لأن النسب ينفعه لأنه تيسر فيه م: **(وكان حرًا)** ش: من تتمة كلام القدوري قال المصنف : م: **(لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك)** ش: حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة ، فلا يكون عبداً وقد تلد له الأمة فيكون عبدًا ، والظاهر في بني آدم الحرية ، فلا يبطل بالشك م: **(والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد)** ش: الحر مرفوع على أنه مبتدأ وقوله أولى خبره .

وقوله في دعوته مصدر مضاف إلى فاعله ، وقوله اللقيط بالنصب مفعول قوله من العبد أي من دعوى العبد م: **(والمسلم أولى من الذمي)** ش: أي ودعوى المسلم أولى من دعوى الذمي إذا ادعى كل واحد منهما أن اللقيط ابنه م: **(ترجيحًا)** ش: أي لأجل الترجيح م: **(لما هو الأنظر في حقه)** ش: أي في حق اللقيط ، إنما ذكر المصنف هذا تفريعًا لما قاله القدوري ، ثم كون المسلم أولى من الذمي مما إذا ادعيا وهما خارجان ، أما إذا كان أحدهما ذا اليد كان هو أولى .

وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر ، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها لما ذكرنا ، ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي ؛ لأنه مال ضائع ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه ، وقيل يصرفه بغير أمر القاضي ، لأن اللقيط ظاهر وله ولاية الإنفاق ، وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق له ، ولا يجوز تزويج الملتقط ، لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة . ولا تصرفه في مال الملتقط اعتباراً بالأم وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال، وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما أحدهما .

م: (**وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر**) ش: أي لظاهر يده لكونه من أهل الملك لكونه حراً ، فيكون ما في يده له م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يكون اللقيط م: (**إذا كان**) ش: أي المال م: (**مشدوداً على دابة وهو عليها**) ش: أي اللقيط على الدابة م: (**لما ذكرنا**) ش: أشار به إلى قوله اعتباراً للظاهر م: (**ثم يصرفه الواجد إليه**) ش: الملتقط ، ينفق عليه من ذلك المال .

م: (**بأمر القاضي**) ش: لعموم ولاية القاضي ، لأنه نصب قاضيًا لأمور المسلمين هو ظاهر الرواية م: (**لأنه مال ضائع**) ش: أي لأن المال الذي وجد مع هذا اللقيط مال ضائع م: (**وللقاضي ولاية صرف مثله إليه**) ش: أي مثل مال الضائع إلى اللقيط ، وكذا لغيره بأمره ، وبه قال الشافعي .

وقال ولو أنفقت بغير أمر القاضي ضمنه ، وإن لم يكن بحاكم وأنفق بدون الإشهاد ضمن أيضًا ، وإن أنفق بالإشهاد ففيه قولان، قال في «الشامل» وهو مصدق في نفقة مثله .

م: (**وقيل يصرفه**) ش: أي يصرف الملتقط إلى اللقيط م: (**بغير أمر القاضي ، لأن**) ش: أي لأن المال م: (**اللقيط ظاهر**) ش: أي بحسب الظاهر م: (**وله**) ش: أي وللملتقطه م: (**ولاية الإنفاق وشراء ما لابد منه**) ش: عطف على قوله ولاية الإنفاق ، أي وله شراء ما لا يستغني عنه م: (**كالطعام والكسوة، لأنه من الإنفاق له**) ش: أي لأن شراء ما لابد منه من الإنفاق عليه . وبه قال أحمد م: (**ولا يجوز تزويج الملتقط**) ش: أي تزويجه اللقيط م: (**لانعدام سبب الولاية**) ش: للملتقط م: (**من القرابة والملك والسلطنة**) ش: ولم يوجد واحد منهما ، فلا يثبت الولاية لعدم سببها م: (**ولا تصرفه**) ش: أي تصرف الملتقط م: (**في مال الملتقط اعتباراً بالأم**) ش: أي قياسًا على عدم جواز تصرفها في مال ابنها .

م: (**وهذا**) ش: أي عدم جواز تصرف الملتقط في مال اللقيط م: (**لأن ولاية التصرف لتثمير المال**) ش: أي يكره بالفائدة والربح م: (**وذلك**) ش: أي تثمير المال م: (**إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما**) ش: أي من الأم والملتقط م: (**أحدهما**) ش: أي من

قال : ويجوز أن يقبض له الهبة ، لأنه نفع محض ، ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً ، وتملكه الأم ووصيها . قال : ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال : ويؤاجره، قال العبد الضعيف : وهذا رواية القدوري في مختصره ، وفي «الجامع الصغير»: لا يجوز أن يؤاجره ، ذكره في الكراهية وهو الأصح ، وجه الأول : أنه يرجع إلى تثقيفه ، ووجه الثاني: أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم

الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، وفي الأم الشفقة الوافرة دون الرأي الكامل .

وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود ، وهما بخلاف الأب فإن له شفقة وافرة ورأيًا كاملاً ، فكان له التصرف في النفس والمال جميعًا .

م: (**قال : ويجوز أن يقبض له الهبة**) ش: أي يجوز للملتقط أن يقبض اللقيط الهبة م: (**لأنه**) ش: أي ولأن قبض الهبة له م: (**نفع محض**) ش: لا شك فيه بلا خلاف م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الهبة نفعًا محضًا م: (**يملكه الصغير بنفسه**) ش: أي يملك قبض الهبة بيده م: (**إذا كان عاقلاً**) ش: فلا يفعل ذلك ويميزه م: (**وتملكه الأم**) ش: أي تملك الأم قبض الهبة لابنها م: (**ووصيها**) ش: أي ويملك أيضًا وصي الأم لأنه نفع محض للصغير .

م: (**قال : ويسلمه**) ش: أي يسلم الملتقط اللقيط م: (**في صناعة لأنه من باب تثقيفه**) ش: التثقيف تقويم المعوج بالثقاف ، وهو ما يسوي به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب م: (**وحفظ حاله**) ش: من الاشتغال باللعب وتعلم الفساد .

م: (**قال : ويؤاجره**) ش: أي يؤاجر الملتقط اللقيط ، لأن فيه نفعًا له ، ولفظ يؤاجره ليس على قانون اللغة ، وإنما هو اصطلاح الفقهاء .

م: (**قال العبد الضعيف**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (**وهذا رواية القدوري في مختصره**) ش: يعني جواز إجارة الملتقط اللقيط على رواية القدوري في مختصره .

م: (**وفي «الجامع الصغير»: لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية**) ش: ذكره محمد في باب الكراهية م: (**وهو الأصح**) ش: أن المذكور في «الجامع الصغير» هو الأصح مما ذكره القدوري .

م: (**وجه الأول**) ش: أراد به رواية القدوري م: (**أنه يرجع إلى تثقيفه**) ش: وقد مر معناه آنفًا م: (**ووجه الثاني**) ش: أراد به رواية الجامع الصغير م: (**أنه**) ش: أي أن الملتقط م: (**لا يملك إتلاف منافعه**) ش: أي منافع اللقيط بالاستخدام .

م: (**فأشبه العم**) ش: أي فأشبه الملتقط العم ، أي كما لا يجوز لعم إتلاف منافع الصغير

بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى .

فكذلك لا يجوز للملتقط م: (**بخلاف الأم لأنها تملكه**) ش: يعني الأم تملك إتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض .

فلأن يملكه بالإجارة بعوض أولى م: (**على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى**) ش: أي في آخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة .

* * *

كتاب اللقطة

قال: اللقطة أمانة إذا أشهـد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحـبها ؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ،

م: (كتاب اللقطة)

ش: أي هذا الكتاب في بيان أحكام اللقطة ، اللقطة واللقيط متقاربان لفظًا ومعنى ، وخص اللقيط بابن آدم واللقطة لغيره للتمييز بينهـما ، وقدم الأول لشرف بني آدم ، وقيل : خص لفظ اللقطة بالمال ، لأن الفعلة بضم الفاء وفتح العين نعت للمبالغة في الفاعلية ، كالضحكة واللعنة .

واللقـيط فـعيل بمعنى المفـعول ، فـاللقـيط الدال على الفـاعليـة أولى بالمال ،[. . .] على الإسناد الخبري كناية كحلوب وركوب كأنها تحلب نفسها وتركب عليه نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب .

أما الطفل المفقود لا يميل كل من رآه لرفعه لزيادة ضرر حاضر ، فإن أمه نبذته قصد ضرر خـاص ، بخـلاف اللقطة ، فإن فـيهـا نفعًـا حـاضـراً ، وفي « المغـرب» اللقطة الشيء تجده ملقى فتأخذه، وقيل : عين المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره ، وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للملتقط ، لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، وسكون القاف المال الملتقط مثل الضحكة للذي يضحك منه ، وعن الأصمعي وابن الأعرابي ، والفراء بفتح القاف اسم للحال أيضًا م: (قال: اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره ، وشرط الإشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف ، حتى إذا ملك عنده وقد ترك الإشهاد يضمن .

وقال الطحاوي في «مختصره » : إن أبا حنيفة كان يقول إن كان أشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها ، وإن لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها ، وقال أبو يوسف : للضمان عليه فيها أشهد علىٍ أنه أخذها ليعرف بها ، وإن لم يشهد بعد أن يحلف بالله ما أخذها إلا ليعرف بها ، ثم قال الطحاوي : وبه يأخذ ، ولم يذكر الطحاوي قول محمد ، وذكر« المتوسطة »و«المختلف» و«الحصة »و«فتاوى الولوالجي» .

وخلاصة الفتاوى قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في «التحفة» و«شرح الأقطع» قول محـمـد مع أبي يوسف ثم علل المصنف ما ذكره القدوري بقوله م: (لأن الأخـذ) ش: أى أخذ اللقطة م: (على هذا الوجه) ش: أي على وجه الإشهاد عند الأخذ م: (مأذون فيه شرعًا) ش: لأجل الحفظ على صاحبها ، وإذن الشارع ليس أقل من إذن المالك ، فإذا أذن المالك فلا ضمان ، فكذا

إذا أذن الشارع ، ألا ترى أن الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الإذن فكذا هذا ، فإن قلت من أين يوجد إذن الشارع فيه .

قلت : من قوله ﷺ : «من أصار لقطة فليشهد ذا عدل». رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده» عن عياض بن حمار عنه -عليه السلام - ، فإنه يدل على أن له أن يأخذها بالإشهاد م: (بل هو الأفضل) ش: أي بل أخذ اللقطة أفضل قال في «الشامل» : أخذ اللقطة مندوب إليه لقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ (المائدة : الآية ٢) .

وفي «المبسوط» اختلف في رفعها فالمتقشفة يقولون لا يحل رفعها لأنه أخذ مال الغير بغير إذنه ، وهو حرام شرعًا ، وهو مخالف للحديث ، وإجماع الأئمة ، وقال بعض التابعين : تحل رفعها ولكن الترك أفضل ، وبه قال أحمد في الأصح ، وأشار المصنف إلى أن رفعها أفضل م: (عند عامة العلماء) .

ش: إذا وجدها بموضعه فله رفع ذلك وهو رواية عن أحمد واختارها أبو الخطاب الحنبلي ، وعن الشافعي في قول إذا لم يأمن عليها رفعها واجب .

وقال مالك : إن كان شيئًا له مال فرفعه أحب إلى لأن فيه حفظ مال المسلم ، فكان أولى من وضعه وفي شرح الأقطع مستحب أخذ اللقطة ، ولا يجب .

وقال في «النوازل» : أبو نصر محمد بن محمد بن سلام : ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه .

وقال في «خلاصة الفتاوى » : إن خاف ضياعها يعرض الرفع ، وإن لم يخف لا يباح رفعها ، وأجمع العلماء عليه ، والأفضل الرفع في ظاهر المذهب ، وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها .

قال بعضهم : رفعها أفضل من تركها ، وقال بعضهم : يحل رفعها وتركها أفضل ، وقال الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» : ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية .

وقال بعض مشايخنا : هذا إذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك ، فأما إذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فإنه يضمن ، وقال بعضهم : إذا أخذها ثم أعادها إلى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية .

م: (وهو الواجب) ش: أي رفعها هو الواجب م: (إذا خاف الضياع) ش: أي ضياع اللقطة م:

على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك ، لأن تصادقهما حجة في حقهما، فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع ؛ لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع، وإن لم يشهد الشهود عليه ، وقال : الآخذ :أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف:لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية .

(**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ لقوله تعالى : ﴿ **والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض** ﴾ (التوبة : الآية ٧١) ، فإذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وفي «الذخيرة» يفترض رفعها إذا خاف ضياعها بتركه .

م: (**وإذا كان كذلك**) ش: وإذا كان أخذ اللقطة مأذونًا فيه م: (**لا تكون مضمونة عليه**) ش: أي على الملتقط لجواز الأخذ له شرعًا.

م: (**وكذلك**) ش: أي وكذا لا تكون اللقطة مضمونة م: (**إذا تصادقا**) ش: أي المالك والملتقط م: (**أنه**) ش: أي أن الملتقط م: (**أخذها للمالك ، لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار**) ش: أي فضل فيهما م: (**كالبينة**) ش: يعني أن البينة إذا وجدت عند الأخذ لا يجب الضمان، فكذا إذا وجد التصادق .

م: (**ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع**) ش: ذكر هذا تفريعًا لمسألة القدوري . إنما قيد بالإجماع احترازًا عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة ، لأن فيه خلاف أبي يوسف م: (**لأنه**) ش: أي لأن الملتقط م: (**أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع**) ش: فكان عاصيًا، وقال في « شرح الطحاوي» : أخذها ليأكلها لا ليردها على صاحبها ثم هلكت فإنه يضمن ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها م: (**وإن لم يشهد الشهود عليه**) ش: أي عند الالتقاط.

م: (**وقال الآخذ : أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يضمن**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غير واجب بل هو مستحب ، وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف .

م: (**والقول قوله**) ش: أي قول الملتقط مع يمينه م: (**لأن الظاهر**) ش: أي ظاهر الحال م: (**شاهد له**) ش: أي للملتقط م: (**لاختياره الحسبة دون المعصية**) ش: أي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى ، والحسبة أي من الاحتساب كالعدة من الإعداد ، وإنما قيد الحسبة عملاً لم ينويه وجه الله تعالى ، لأن له حينئذ أن يعيد عمله ، فجعل في حال مباشرة الفعل كأنه معتد . . كذا ذكره الزمخشري في «الفائق » .

ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك ،فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله ، لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه ، ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي ، واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس .

وحاصل الكلام أن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعًا، قال- عليه السلام- : «**لا تظن بكلمة خرجت من في أخيك سوءاً وأنت تجد لها محملاً من الخير** » وإنما كان القول قول صاحبها، لأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر ، فالقول له كما في الغصب .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه**) ش: أي أن الملتقط م: (**أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير**) ش: بغير إذنه م: (**وادعى ما يبرئه**) ش: بضم الياء من الإبراء أي ما يبرئه عن الضمان وهو الأخذ أي دعواه ما يبرئه.

م: (**وهو الأخذ لمالكه وفيه**) ش: أي وفي قوله هذا وقع الشك ، وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن ويحتمل أنه أخذ لمالك فلا يضمن م: (**وقع الشك فلا يبرأ**) ش: عن الضمان .

م: (**وما ذكر**) ش: أي والذي ذكر أبو يوسف م: (**من الظاهر**) ش: وهو قوله لأن الظاهر شاهد له م: (**يعارضه مثله**) ش: أي مثل ذلك الظاهر . وهو أن يقال الأصل م: (**لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه**) ش: أي تصرف الإنسان له لا لغيره وذكروا في نسخ الفتاوى هذا الاختلاف إذا كان متمكنًا من الإشهاد ، فإن لم يكن لعدم من يشهد على ذلك أو لحقوق أن يأخذ منه ظاهر ، فالقول قوله مع اليمين بالإجماع ، ولا ضمان عليه في ترك الإشهاد .

م: (**ويكفيه**) ش: أي ويكفي الملتقط م: (**في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة**) ش: أي ينادي ويقول من رأى لقطة كذا وكذا م: (**فدلوه عليَّ**) ش: بضم الدال وتشديد اللام، علي بتشديد الياء، سواء كانت اللقطة م: (**واحدة**) ش: أو أكثر يعني م: (**كانت اللقطة أو أكثر**) ش: من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، بأن يكون ذهبًا وفضة أو أثوابًا يكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج إلى الزيادة م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللقطة م: (**اسم جنس**) ش: فيتناول وعند أحمد ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة ، وفي شرح الطحاوي ولو قال التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندي شيء، فمن سمعتموه يسأل شيئًا فدلوه عليَّ، فلما جاء صاحبها قال: هلكت لا ضمان عليه، وكذلك لو وجد لقطتين فقال: من سمعتموه يسأل شيئًا فدلوه علي، ولم يقل عندي لقطتان، وكذلك لو قال عندي لقطة برئ من الضمان، وإن كانت عشراً .

وهذا كله إشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها ، وقال شمس الأئمة الحلواني : أوفى ما يكون في التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها ، فإن فعل ذلك ولم يعد فيها

قال : فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً . قال : وهـذه رواية عن أبي حنيـفة ، وقـوله أيامـاً معناه على حـسب ما يرى الإمـام ، وقدره مـحـمـد - رحمـه الله -في الأصل بالحول من غيـر تفصيل بين القليل والكثـير ، وهو قول مالك والشـافعي لقوله - عليه السلام - : «من التقط شيئاً فليعرفه سنة » من غير فصل ،

بعد ذلك كفى م: (**قال**) ش: أي القـدوري : م: (**فإن كـانت**) ش: أي اللقطة م: (**أقل من عشرة دراهم عرفها أيامًا ، وإن كانت عشرة فصاعدًا عرفها حولاً**) ش: هذا لفظ القدوري في« مختصره » .

م: (**قـال**) ش: أي المصنف- رحـمـه الله - : م: (**وهذه رواية عن أبي حـنيـفـة**) ش: أي هـذه الرواية التي ذكـرها القـدوري بالترديد رواية عن أبي حنيفـة -رضي الله عنه- ، وأشار بهذا إلى أنها ليست ظاهر الرواية ، وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول ، فإن الطحاوي أيضًا قـال : وإذا التقط لقطة أنه يعرفها سنة ، سواء كـان الشيء نفيًا أو حبسًا في ظاهر الرواية ، وفي «فتاوى الولوالجي» ، وعن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً ، وإن كانت أقل من مائتي درهم إلى عشرة يعرفها شهرًا ، وإن كـانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وعن أبي حنيفة في رواية أخرى وإن كانت مائتي درهم فصاعدًا يعرفها حولاً ، وإن كانت عشرة فصاعدًا يعرفها شهرًا وإن كانت ثلاثة فصاعدًا يعرفها عشرة أيام ، وإن كانت درهمًا فصاعدًا يعرفها ثلاثة أيام ، وإن كانت دانقًا فصاعدًا يعرفها يومًا ، وإن كانت دون ذلك ينظر عنه ويسره ثم يصدقه في كف فقير ، وقال شمس الأئمة السرخسي : وشيء من هذا ليس بتقدير لازم ؛ بل لا يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ، وقال أصحاب الشافعي : التعريف واجب منه وهو قول مالك وأحمد .

م: (**وقـوله**) ش: أي وقول القدوري م: (**أيامًا معناه على حـسب ما يرى الإمـام**) ش: أي أن الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك م: (**وقدره محمد - رحمه الله - في الأصل**) ش: أي في « المبسوط » قدر محمد التعريف م: (**بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير**) ش: . وهكذا روي عن محـمـد وعلي وابن عـبـاس - رضي الله عنهم - ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ، ويمضي فيها الزمان الذي يقصد فيه البلاد من الخبر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة أجل العين . م: (**وهو**) ش: أي قول محمد بالحول م: (**قول مالك والشافعي**) ش: وأحمد أيضًا م: (**لقوله -عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من التقط شيئًا فليعرفه سنة من غير فصل**) ش: هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه بإسناده عن عياض، وعن الرسول ﷺ ، وقد ذكرنا بعضه عن قريب له ، وفيه وليعرفها سنة ، وإن جاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتيه

وجه الأول : أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به ، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة ، فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأي المبتلى به ،

من يشاء .

وأخرج الدارقطني في «سننه » عن زيد بن خالد الجهني قال : سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال : « عرفها سنة »[1] الحديث من غير فصل يعني بين القليل والكثير م: (**وجه الأول**) ش: وهو ما روي عن أبي حنيفة أنه عرفها حولاً إذا كانت عشرة فصاعداً م: (**أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم**) ش: يشير به إلى ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - قال : أخذت مرة مائة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال : « **عرفها حولاً** » فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته فقال : « **عرفها حولاً** » فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثًا فقال : « **احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن بان صاحبها وإلا فاستمتع بها** » . وجه الاستدلال أنه -عليه السلام -اعتبر الحول في كل كرة يجب التعريف بالحول مطلقًا ، وأجاب المصنف عن هذا بقوله : م: (**والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة**) ش: لأن اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ، وكذلك في صلاحية العشرة للمهر فما فوقها ، وهو معنى قوله م: (**وتعلق استحلال الفرج به**) ش: أي وكما في تعلق استحلال الفرج في النكاح .

م: (**وليست في معناها**) ش: أي وليست العشرة في معنى الألف م: (**في حق تعلق الزكاة**) ش: وهذا ظاهر ، وكأن للعشرة جهتين ، إحداهما حال كونها في معنى الأول ، والأخرى في عدم كونها ، فلما كان الأمر كذلك قال المصنف : م: (**فأوجبنا التعريف بالحول احتياطًا**) ش: نظرًا إلى اعتبار الجهة الأولى م: (**وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما**) ش: أي بوجه من الوجوه .

قال : فإذا كان الأمر كذلك م: (**ففوضنا**) ش: يعني تقدير المدة م: (**إلى رأي المبتلى به**) ش: أي بما دون العشرة ، وقال الكاكي : وما روي عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - أنه -عليه السلام- أمره بتعريف مائة دينار غير صحيح ، قال أبو داود : شك الراوي في ذلك ، وقال الراوي : ثلاثة أعوام، أو عام واحد . انتهى .

قلت : الحديث رواه مسلم أيضًا في «صحيحه »، وفي آخره ، فقال : لا أدري بثلاثة أحوال أو حول واحد ، وفي لفظ : عامين أو ثلاثة ، وفي لفظ : قال : «ثلاثة أحوال » . وفي لفظ : قال : عرفها عامًا واحدًا ، وقال ابن الجوزي في « التحقيق» : ولا تخلو هذه الروايات عن غلط

---

(١) سنن الدارقطني في كتاب «الأقضية » (٤/ ٢٣٥).

وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ، ثم يتصدق بها ، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفها حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي المجامع فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان

بعض بدليل أن شعب قال بالتعريف فيه مستحقة يقول بعد عشر سنين عرفها عامًا واحدًا ، ويكون -عليه السلام- علم أنه لم يقع تعريفها كما ينبغي فلم يجب له بالتعريف الأول .

م: (**وقيل الصحيح**) ش: أشار به إلى قول شمس الأئمة السرخسي ، وقد ذكرناه عن قريب ، ولهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد- رحمهم الله - م: (**أن شيئًا من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها**) ش: أي باللقطة .

م: (**وإن كانت اللقطة شيئًا لا يبقى**) ش: قالوا في نسخ «الفتاوى » : وإن كانت اللقطة مما لا تبقى إذا مر عليه يوم أو يومان عرفها ، فإذا خاف الفساد تصدق بها م: (**عرفها حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به**) ش: كلمة حتى هنا بمعنى إلى ، والمعنى عرفها إلى أن خاف فسادها أي تلفها فحينئذ يتصدق به .

والضمير في قوله عرفها يرجع إلى اللقطة ، أو في قوله به يرجع إلى قوله شيئًا م: (**وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي المجامع**) ش: مجمع الناس كالأسواق وأبواب المساجد ، وفي «الشامل » : والتعريف أن ينادي في الأسواق والمساجد من ضاع له شيء فليطلبه عندي م: (**فإن ذلك**) ش: أشار به إلى الموضع أصابه فيه م: (**أقرب إلى الوصول إلى صاحبها**) ش: لأن صاحبها يرجع إلى الموضع الذي نسيه فيه .

م: (**وإن كانت اللقطة شيئًا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان**) ش: يعني في مواضع مختلفة ، فجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار بقيمتها لأنها ظهرت بصيغة وهي جمعه وله الانتفاع بذلك ، وذكر شيخ الإسلام : ولو كانت متفرقة جمعها للمالك أخذها لأنه يصير ملكًا للأخذ بالجمع .

وكذا الجواب في التقاط المسائل ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في «الذخيرة» وفي «المحيط» : لو وجد النواة والصور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها ، أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها ، لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقى بها ، بل سقطت منه . . . انتهى .

يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ، ولكنه يبقى على ملك مالكه ، لأن التمليك من المجهول لا يصح . قال : فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إيصالاً للحق إلى المستحق ، وهو واجب بقدر الإمكان ، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها ، وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها ،

وكلام المصنف يدل على شيئين أحدهما أنه إذا جمعها يجوز الانتفاع بها لأنه علل بقوله : م: **(يكون إلقاؤه إباحة)** ش: أي إلقاء الشيء الذي يعلم أن صاحبه لا يطلبه يكون إباحة منه لمن يأخذه م: **(حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف)** ش: لأنه حينئذ من الإباحات .

والثاني يدل على أنه لا يخرج من ملك مالكها أشار إليه بقوله : م: **(ولكنه يبقى على ملك مالكه)** ش: لأنه لم يخرج من ملكه فلا يكون ملكًا لمن أخذه م: **(لأن التمليك من المجهول لا يصح)** ش: .

فإذا وجده في يد الملتقط أخذ منه إن شاء ، وفي« المبسوط» روى بشر عن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له أن ينتفع به ، ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ، ولو دفع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه ما زاد الدباغ فيه ، لأن ملكه لم يزل بالإلقاء .

وفي« خلاصة الفتاوى »: التفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس أن يأخذها م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله : م: **(فإن جاء صاحبها)** ش: أي صاحب اللقطة إن جاء بعد التعريف ، وخبر إن محذوف تقديره دفعها إليه م: **(وإلا)** ش: أي وإن لم يجئ يعني إذا لم يظفر الملتقط بصاحبها م: **(تصدق بها)** ش: والمسألة من القدوري - رحمه الله -وتمامها فيه ، فإن جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط .

وشرح المصنف كلام القدوري بقوله م: **(إيصالاً)** ش: أي لأجل الإيصال م: **(للحق إلى المستحق وهو)** ش: أي إيصال الحق إلى المستحق م: **(واجب بقدر الإمكان)** ش: ليخرج من عهدته ، ولما كان الإيصال أعم من أن يكون لصاحب الحق أو لغيره أوضح ذلك بقوله م: **(وذلك)** ش: أي إيصال الحق .

م: **(بإيصال عينها)** ش: أي عين اللقطة ، م: **(عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته)** ش: أي إجازة صاحب اللقطة م: **(التصدق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها)** ش: أي باللقطة أي مستحقه ، وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له .

قال : فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بهـا فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابها ؛ لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه ، فيـتوقف على إجازته والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فـلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفـضولي لثبوته بعد الإجازة فـيه ، وإن شاء ضمن الملتقط ؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه،

م: (**قال : فإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو**) ش: أي صاحبها م: (**بالخيـار إن شاء أمضى الصدقـة وله ثوابهـا لأن التـصدق وإن حـصل بإذن الشـرع**) ش: حـيث جـاء في حـديث أبي هريرة- رضي الله عنه - أخرجه البزار فإن جاء صاحبها فليرده إليه ، وإن لم يأت فلبتصدق به . . . الحديث .

فهذا التصدق وإن حصل بإذن الشرع م: (**لم يحصل بإذنه**) ش: أي بإذن صاحبها الذي هو المالك ، فإذا كان كذلك م: (**فيتوقف على إجازته**) ش: أي إجازة صاحب الصدقة م: (**والملك يثبت للفقير**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما توقف فعاد التصدق على إجازته فينبغي أن يشترط وجود المحل عند الإجازة ، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد الفقير، ثم أجاز المالك جاز ، وتقدير الجواب أن الملك ثبت للفقير م: (**قبل الإجازة**) ش: لأن الملتـقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير ؛ لأن الصدقة من أسباب الملك م: (**فلا يتوقف**) ش: أي ثبوت الملك م: (**على قيام المحل**) ش: حتى لو هلك المال في يد الفقير تجوز الإجازة .

فإن قيل: لو ثبت الملك للفقير فالأخذ ينبغي أن لا يأخذه المالك إذا كان قائمًا في يده .

قلنا : ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له . وكالمرتد لو عاد من دار الحرب مسلمًا بعد قسمة ماله بين ورثته ، فإنه يأخذ ما وجده قائمًا بعد ثبوت الملك لهم م :(**بخلاف بيع الفضولي**) ش: حيث يشترط فيه الإجازة قيام المحل م: (**لثبوته**) ش: أي لثبوت الملك م: (**بعد الإجازة**) ش: أي بعد إجازة المالك م: (**فيه**) ش: أي في بيع الفضولي ، وإذا أجاز المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة : المالك والمتعاقدان والمقصود عليه إن كان الثمن دينًا . وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في باب البيوع . م: (**وإن شاء ضمن الملتقط**) ش: هذا عطف على قوله إن شاء أمضى الصدقة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الملتقط م: (**سلم ماله إلى غيره بغير إذنه**) ش: أي سلم مال صاحب اللقطة إلى غيره بغير إذن منه فله أن يضمنه، وبه قال مالك والثوري والحسن بن صالح .

وقال الشافعي وأحمد فإذا لم يجئ بعد التعريف ملكها الملتقط بحكم القاضي ، وصارت من ماله كسائر أمواله غنيًا كان الملتقط أو فقيرًا ، وروي مثله عن عمر وابن مسعود وحارث - رضي الله عنهم - ، وبه قال عطاء والنخعي وابن المنذر واحتج الشافعي وأحمد بحديث زيد بن

إلا أنه بإباحته من جهة الشرع ، وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه ،

خالد ، فإن لم يعرف فاستنفقها ، وفي رواية فاستمتع بها ، ولنا حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال : « **لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئًا فليعرفه سنة ، فإن جاء صاحبه فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به فإن جاء فليخير بين الأجر وبين العطالة** » رواه البزار ، ولأنها ملك الغير فلا يملكها لغيرها ويملكها الفقير عنه[1] . فلحديث عياض بن حمار والمجاشعي وقد ذكرناه ، وفيه « **فإن جاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء** » . رواه النسائي وغيره . وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، وعن أحمد مثله ، وحديث زيد بن خالد يمكن أن يكون في فقير فيحل عليه جمعًا بين الأحاديث .

فإن قلت : قيل إن حديث أبي هريرة غريب .

قلت : ليس كذلك بل نقله القدوري وهو موافق للنصوص في عدم جوازه بملك مال الغير بغير إذنه .

فإن قلت : كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع ؟ .

قلت : الشرع أباح له التصدق وما ألزمه ذلك وهو يعني قول المصنف م: (**إلا أنه**) ش: أي أن الملتقط م: (**بإباحته من جهة الشرع**) ش: يعني أن الإذن كان إباحة منه لا إلزامًا ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم لا الضمان وهو معنى قوله .

م: (**وهذا لا ينافي الضمان حقًا للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة**) ش: فإنه يحل بإباحة شرعية ، لكن مع الضمان ، وكذا الرمي إلى الصيد مباح ، وكذا المشي في الطريق مباح ، فإذا هلك بذلك شيء يجب الضمان على الرامي والماشي ، لأن إسقاط حق محترم لا يجوز .

وفي «خلاصة الفتاوى» : إن تصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له أن يضمنه ، وقال الكاكي : هذا ليس بصواب إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالاً من تصدق القاضي بنفسه ، ويقال يضمن القاضي وههنا أولى ، كذا في «الذخيرة» و«فتاوى قاضي خان» م: (**وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه**) ش: أي لأن المسكين قبض مال مالك اللقطة بغير إذن منه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب ، لكن إن ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء .

أما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ، ومن أخذ لنفسه لا يرجع على أحد كالمعتبر . وأما الملتقط

---

(١) قال الهيثمي : رواه البزار ورجاله رجال الصحيح . «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٧).

وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله . قال : ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير، وقال مالك والشافعي : إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل ، وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ،وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك ، ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها ، فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة ،

فإنه لما ضمن مالك اللقطة وقت التصدق بغير أنه تصدق بملك نفسه م: (**وإن كان**) ش: أي المال الذي هو لقطة م: (**قائمًا**) ش: في يد الفقير م: (**أخذه لأنه وجد عين ماله**) ش: وهو حقه فيأخذه إن شاء م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير**) ش: هذا كلام القدوري .

وقال المصنف : م: (**وقال مالك والشافعي : إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل**) ش: وبه قال أحمد ، وعن مالك والليث في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرفها ، وفي الصحراء لا يتعرض لها وهو رواية المزني عن الشافعي ، وعن مالك أن البقر كالشاة ، أما إذا وجدها في مكان يغلب على الظن هلاكها أو في قرية لا مرعى فيها فالأولى أخذها عند الكل ، وفي «الوجيز» : لو وجدها في بلدة أو قرية أو قريب منهما فوجهان أحدهما لا يجوز وأصحهما يجوز . هذا إذا كان في وقت أمن ، أما في زمن النهب والفساد يجوز في الصحراء والعمران .

وما لا يمنع من صغار المتاع كالبعير والغنم والفحول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة والعمران التقاطه في المفازة والعمران ، في الأصح .

وفي «شرح الأقطع»: الخلاف في الجواز ، وذكر الكتاب الخلاف في الأفضلية ، وروايات كتبهم ومستمسكاتهم تدل على أن الخلاف في الجواز م: (**وعلى هذا الخلاف الفرس**) ش: وعلى الخلاف المذكور التقاط الفرس م: (**لهما**) ش: أي للشافعي ومالك م: (**أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع**) ش: أي إباحة أخذ مال الغير لأجل الخوف عن ضياعه .

م: (**وإذا كان معها**) ش: أي مع اللقطة م: (**ما يدفع عن نفسها**) ش: كالعزل ونحوه م: (**يقل الضياع ولكنه يتوهم**) ش: أي ولكن الضياع يتوهم م :(**فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك**) ش: أي المستحب أن يتركها ، وقد ذكرنا الآن عن الأقطع أنه خلاف الجواز م: (**ولنا أنها**) ش: أي أن البقر والبعير والفرس م: (**لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة**) ش: فإن التقاطها يستحب بالإجماع .

وإذا خيف الضياع على البعير ونحوها يستحب أخذها أيضًا صيانة لأموال الناس .

فإن قلت: ما تقول في حديث رواه البخاري عن زيد بن خالد -رضي الله عنه- أن رجلاً

فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك . وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبه ، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين ، إن شاء الله تعالى .

سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال : « **عرفها سنة** » إلى أن قال : فضالة الغنم ؟ قال : «**خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب** » قال فضالة الإبل ؟ قال : فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه واحمر وجهه. ثم قال : « **مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ، ترد الماء ، وترعى الشجر ، فذرها حتى يلقاها ربها** » .

قلت: هو محمول على ما إذا لم يخف عليها ، أما إذا خيف عليها فأخذها للصيانة أولى ، ويدل عليه ما رواه الطحاوي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رجلاً من مدينة أتى رسول الله ﷺ فسأل كيف ترى في ضالة الغنم قال : « **طعام مأكول لك أو لأخيك أو للذئب أحسن على أخيك ضالته** » قال : يا رسول الله ﷺ فكيف ترى في ضالة الإبل؟ قال : « **مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا تخاف عليها الذئب تأكل الكلأ وترد الماء فدعها حتى يجيء طالبها ...** » انتهى .

قوله : سقاؤها بكسر السين وأراد بها إذا وردت الماء تشرب ما يكون بها من ظمأ والحذاء بكسر الحاء المهملة وبالذال المعجمة وبالألف ممدودة وأراد بها خفافها التي تقوى بها على السير .

فإن قلت: ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلاً بدليل ما روي في شرح الآثار عن أبي عبادة-رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **ضالة المسلم حرق النار ...**

قلت: معناه إذا أخذها للركوب لا للتعريف ، والحرق بفتحتين اسم الإحراق . وعن ثعلب الحرق : اللهب يعني إنّ تملُّكَها سببُ العقاب في النار . وكذا الجواب عن الحديث الآخر ، وهو قوله -عليه السلام- : « **لا يؤوي الضالة إلا الضال** » يعني إذا أخذها لنفسه وإن أبرأها إذا كان لنفسه لا للتعريف .

م: **(فإن أنفق الملتقط عليها)** ش: أي على اللقطة م: **(بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك)** ش: فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره وبغير أمر القاضي م: **(وإن أنفق بأمره)** أي بأمر القاضي م: **(كان ذلك)** ش: أي إنفاقه م: **(دينًا على صاحبه)** ش: أي صاحب اللقطة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المال م: **(لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له)** ش: أي لأجل النظر للغائب لأنه نصب لمصالح المسلمين فتعم ولايته .

م: **(وقد يكون النظر في الإنفاق)** ش: أي وقد يكون نظر الحاكم في الأمر بالإنفاق على اللقطة ، فكل ما رآه القاضي أحوط وأصلح كان له ذلك م: **(على ما نبين إن شاء الله تعالى)** ش: أي بعد خمسة خطوط عند قوله .

وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبهيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق . وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة، وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك ، وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً ، وفي هذا نظر من الجانبين ، قالوا : وإنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ، لأن دارة النفقة مستأصلة ، فلا ينظر في الإنفاق مدة مديدة ، قال في الأصل: شرط إقامة البينة وهو الصحيح

وإذا كان الأصلح الإنفاق عليها م: (**وإذا رفع ذلك**) ش: أي أمر اللقطة م: (**إلى الحاكم نظر فيه**) ش: أي في أمر اللقطة م: (**فإذا كان للبهيمة منفعة**) ش: وهي صلاحيتها للإجارة كالحيوان التي تركب م: (**أجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه**) ش: أي لأن في أمر الإجارة م: (**إبقاء العين**) ش: أي عين اللقطة م: (**على ملكه**) ش: أي على ملك صاحبها م: (**من غير إلزام الدين عليه**) ش: أي على صاحبها .

م: (**وكذلك يفعل**) ش: أي الحاكم م :(**بالعبد الآبق**) ش: فإنه يؤجره وينفق عليه من أجرته ، لأن فيه إبقاء لملكه م: (**وإن لم يكن لها منفعة**) ش: كالشاة مثلاً م: (**وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر**) ش: أي الملتقط م: (**بحفظ ثمنها إبقاء له**) ش: أي لأجل إبقاء اللقطة للمالك . م: (**معنى عند تعذر إبقائه صورة**) ش: أي من حيث المعنى بالمالية حيث لم يكن إبقاء الصورة لأنه يخاف عليها أن يستأصل النفقة القيمة م: (**وإن كان الأصلح الإنفاق عليها**) ش: يعني القاضي لو رأى الإنفاق أصلح م: (**أذن في ذلك**) ش: أي في الإنفاق .

م: (**وجعل النفقة دينًا على مالكها لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**نصب ناظرًا**) ش: في أمور المسلمين يفعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك بعموم ولايته م: (**وفي هذا**) ش: أي وفي إذن القاضي للملتقط في الإنفاق وجعل النفقة دينًا على المالك م: (**نظر من الجانبين**) ش: جانب المالك بإبقاء عين ملكه وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما أنفق .

م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ : م: (**وإنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها**) ش: أي يأمر القاضي ببيع اللقطة م: (**لأن دارة النفقة**) ش: أي استمرارها م: (**مستأصلة**) ش: للقيمة م: (**فلا ينظر في الإنفاق مدة مديدة**) ش: أي طويلة .

م: (**قال**) ش: أي المصنف- رحمه الله - : م: (**في الأصل**) ش: أي في« المبسوط» م: (**شرط إقامة البينة**) ش: حيث قال : فإن رفعها إلى قاض وأقام بينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها م: (**وهو الصحيح**) ش: وفي بعض النسخ : وهو الصحيح وهو اختيار المصنف ، وقال الولوالجي في «فتاواه » :

لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالإنفاق فيها ، فلا بد من البينة لينكشف الحال ، وليست تقام للقضاء ، وإن قال : لا بينة لي يقول له القاضي : أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً ، وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر ، ولم يبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الأصح ،

قالوا : هذا إذا كانت اللقطة شيئًا لا يخاف الهلاك عليه لذلك لم ينفقه إلى أن تقوم البينة .

أما إذا كان يخاف أمان القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن يقول له أنفق عليه إن كنت صادقًا

م: **(لأنه يحتمل أن يكون غصبًا في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالإنفاق فيها)** ش: خوفًا من ضياعها م: **(فلابد)** ش: أي فإذا احتمل في اللقطة الغصب فلا بد م: **(من البينة)** ش: على أنه التقطها م: **(لينكشف الحال)** ش: للحاكم حتى يقع أمره على الصواب .

م: **(وليست تقام)** ش: أي البينة م: **(للقضاء)** ش: أي لأجل الحكم ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : كيف شرط في الأصل إقامة البينة ، ولا تقوم البينة إلا على مدع منكر ، ولم يوجد ذلك هنا ؟ ، وتقدير الجواب : أن البينة هنا ليست لأجل قضاء القاضي، وإنما لكشف الحال يعني تقام حتى ينكشف حال البهيمة أنها لقطة أو غصب، فإن في الأولى يأمر القاضي بالإنفاق دون الثاني .

م: **(وإن قال : لا بينة لي)** ش: أي وإن قال الملتقط : لا بينة لي على أني التقطها م: **(يقول له القاضي أنفق عليه إن كنت صادقًا فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقًا ، ولا يرجع إن كان غاصبًا)** ش: قوله ولا يرجع بالنصب؛ لأنه عطف على قوله حتى يرجع فإن يرجع فيه منصوب بتقدير أن بعد حتى .

م: **(وقوله)** ش: أي قول القدوري وهو مبتدأ م: **(في الكتاب)** ش: أي في «مختصر القدوري» م: **(وجعل النفقة دينًا على صاحبها)** ش: هذا من لفظ القدوري م: **(إشارة)** ش: بالرفع خبر المبتدأ المذكور م: **(إلى أنه إنما يرجع)** ش: أي الملتقط م: **(على المالك بعد ما حضر ، ولم يبع اللقطة)** ش: اللقطة ، وضبطه بعضهم على صيغة المجهول م: **(إذا شرط القاضي الرجوع)** ش: هذا متصل بقوله : إنما يرجع الملتقط م: **(على المالك)** ش: إذا شرط القاضي الرجوع على المالك .

م: **(وهذه رواية)** ش: أي شرط الرجوع رواية ، فعلى هذه الرواية إذا أمر القاضي بالإنفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه ، وفي الرواية الأخرى يرجع .

م: **(وهو الأصح)** ش: أي الأصح في الرجوع إن شرط القاضي الرجوع ، واحترز به عن

وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة ؛ لأنه يحيى بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع ، وأقرب من ذلك رد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس ، لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن ، قال: ولقطة الحل والحرم سواء ، وقال الشافعي : يجب التعريف إلى أن يجيء صاحبها لقوله ﷺ في الحرم: لا يحل لقطتها إلا لمنشدها .

قول بعض أصحابنا إن مجرد أمر القاضي يكفي للرجوع م: (**وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه**) ش: أي يمنع اللقطة من المالك م: (**حتى يحضر النفقة**) ش: الذي أنفقها الملتقط على اللقطة م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور .

قاله الكاكي، والأوجه أن يقال : ذكره باعتبار المال ، وكذلك الكلام في قوله م: (**يحيى بنفقته**) ش: أي بنفقة الملتقط م: (**فصار ، كأنه استفاد الملك من جهته**) ش: أي من جهة الملتقط م: (**فأشبه المبيع**) ش: حيث يجوز للبائع أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن .

م: (**وأقرب من ذلك**) ش: أي أقرب من البيع إلى اللقطة في السيد م: (**رد الآبق**) ش: أي العبد الهارب ، لأن الذي رده لحبسه لأجل أخذ الجعل ، وهو معنى قوله م: (**فإن له**) ش: أي الراد دل عليه قوله ، رد الآبق م: (**الحبس**) ش: أي حبس الآبق م: (**لاستيفاء الجعل**) ش: وهو أربعون درهمًا على ما يأتي م: (**لما ذكرنا**) ش: هو قوله : حتى ينفقه ، فكما أن اللقطة حيث ينفقه الملتقط ، فكذلك الآبق حتى يرد من مسك م: (**ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه**) ش: أي بهلاك اللقطة على تأويل المال م: (**في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه**) ش: أي لأن اللقطة على تأويل المال لما ذكرنا م: (**يصير بالحبس شبيه الرهن**) ش: إذا هلك بعد حبس الرهن بالنفقة .

وفي «الذخيرة» : إذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن فللمرتهن أن يجب الرهن حتى في النفقة ، ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن ثم قال قول زفر ، وقال أبو يوسف : ليس له أن يحبس بالنفقة ، فإذا هلك في يد المشتري ، والنفقة دين على الراهن بحاله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولقطة الحل والحرم سواء**) ش: يعني في الحكم م :(**وقال الشافعي : يجب التعريف**) ش: أي تعريف لقطة الحرم م :(**إلى أن يجيء صاحبها**) ش: قال أحمد في رواية م: (**لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في الحرم : لا يحل لقطتها إلا لمنشدها**) ش: هذا أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة . . . . الحديث بطوله وفيه : ولا تلتقط لقطته إلا من عرفها . . . الحديث، وفي لفظ لها : يلتقط شيئًا قطعهما إلا منشد، وقال أبو عبيد : المنشد المعرف ،

ولنا قوله ﷺ : «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » من غير فصل ، ولأنها لقطة، وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها، وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه : لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهراً. وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة ، فإن أعطى علامتها

والناشد : الطالب ، معناه: لا يحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها .

م: (**ولنا قوله ﷺ : اعرف عفاصها ، ووكاءها ثم عرفها سنة ، من غير فصل**) ش: يعني بين لقطة الحل ولقطة الحرم ، والحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن زيد بن خالد الجهني - رضي الله عنه - قال : جاء رجل فسأل النبي ﷺ عن اللقطة فقال : « **اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ...** » الحديث ، والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك ، والوكاء بكسر الواو بالمد هو الرباط يشد به .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن لقطة الحرم م :(**لقطة**) ش: كسائر اللقطات فأبيح أخذها، وجاز الانتفاع بها بعد الحول كلقطة الحل م: (**وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه**) ش: يعني من حيث يحصل الثواب له م: (**فيملكه**) ش: أي الملتقط م: (**كما في سائرها**) ش: أي كما يملك في سائر اللقطات م: (**وتأويل ما روي**) ش: أي ما رواه الشافعي م: (**أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف**) ش: ولهذا ذكر في رواية أخرى : ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها .

م: (**والتخصيص بالحرم**) ش: هذا جواب عما يقال ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى، وتقدير الجواب أن تخصيص حل الرفع بالحرم يعني بلقطة الحرم م :(**لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه**) ش: أي في الحرم م :(**لمكان أنه**) ش: أي أن الذي يلتقط فيه م: (**للغرباء ظاهراً**) ش: أي من حيث الظاهر ، بيان ذلك أن مكة مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من الأقطار من كل فج عميق ، ثم يتفرقون في شعابها فالغالب: إن لقطها الغريب لا يدرى عوده إلى مكة ، فلا فائدة إذاً في التعريف فينبغي أن يسقط التعريف أصلاً لعدم الفائدة ، فأزال رسول الله ﷺ ذلك الوهم ، فقال : لا يحل رفع لقطتها إلا لمعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد .

وقيل : لا يصح عند الشافعي بالحديث المذكور إلا إذا جعل الناشد، وجعل إلا بمعنى ولا ، تقديره: لا يحل لقطها لا لغير الملتقط ولا للملتقط . . انتهى .

قلت: قد ذكرنا أن المنشد هو المعرف ، والناشد هو الطالب ومذهبه ليس كذلك، قال صاحب الوجيز : معنى الحديث لا يحل لقطها إلا لمنشد على الدوام ، وإلا لم تظهر فائدة التخصيص م: (**وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها**

حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك في القضاء ، وقال مالك والشافعي : يجبر والعلامة مثل أن سمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها ، لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ، ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة ، وهي البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله -عليه السلام- : فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه ، وهذا للإباحة

حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك) ش: أي على الدفع م: **(في القضاء)** ش: بمعنى الحاكم لا يجبره على الدفع م: **(وقال مالك والشافعي : يجبر)** ش: على الدفع ، قال الكاكي : هذا وقع في نسخ أصحابنا ، ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة ، مالك وأحمد وداود وابن المنذر فإن في كتب أصحاب الشافعي قوله كقولنا م: **(والعلامة مثل أن سمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها)** ش: ويصف في ذلك كله ، وقد مر عن قريب تفسير الوكاء .

م: **(لهما)** ش: أي لمالك والشافعي م: **(أن صاحب اليد)** ش: الذي هو الملتقط م: **(ينازعه)** ش: أي ينازع المدعي لأن اللقطة له م: **(في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف)** ش: أي وصف اللقطة بذكر العلامة م: **(لوجود المنازعة من وجه)** ش: وهي المنازعة في اليد م: **(ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه)** ش: وهي المنازعة في الملك، وحاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك لأنه لا يدعي الملك ، وإنما نزاعه في اليد ، فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة م: **(ولنا أن اليد حق مقصود)** ش: للإنسان م: **(كالملك)** ش: حتى يجب الضمان على الغاصب بإزالة اليد ، ألا ترى أن المدبر إذا غصبه غاصب يلزم الضمان لإزالة يد المحرم وإن لم يكن المدبر قابلاً للملك .

فإذا كان كذلك م: **(فلا يستحق)** ش: أي المدعي م: **(إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك)** ش: إذا ادعاه لقوله- عليه السلام- « **البينة على المدعي**»م: **(إلا أنه)** ش: أي غير أن الملتقط م: **(يحل له الدفع)** ش: أي دفع اللقطة إلى صاحبها م: **(عند إصابة العلامة لقوله -عليه السلام -: « فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه)** ش: . . . الحديث رواه مسلم عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة : « **عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها** » وفي رواية : « **وإلا فهي كسبيل مالك** » وفي رواية أبي داود : « **فإن جاء مالكها فعرف عددها ووكاءها فادفعها إليه** »[1] .

م: **(وهذا)** ش: أي قوله- عليه السلام- فادفعها إليه م: **(للإباحة)** ش: يعني الأمر فيه

---

(١) أبو داود [١٧٠٣] .

عملاً بالمشهور ، وهو قوله عليه السلام : البينة على المدعي ... الحديث ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً ، وهذا بلا خلاف ؛ لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ، وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه

للإباحة ، لأن الأمر يجيء للإباحة م: (**عملاً بالمشهور**) ش: أي لأجل العمل بالحديث المشهور م: (**وهو قوله -عليه السلام- « البينة على المدعي ... » الحديث**) ش: أي أتم الحديث، وتمامه: « **واليمين على من أنكر** » بيانه أن قوله- عليه السلام- « **ادفعها إليه** » وإن لم يحمل على الإباحة ، وحمل على الوجوب لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه .

والأصل في التعارض الجمع عملاً بالدليلين ، فحملنا ما تمسك به الشافعي على إباحة الدفع دفعًا للتعارض بين الحديثين .

وقال الأكمل : ولقائل أن يقول الحمل على الإباحة عملاً بالمشهور يلزم عدم جواز الدفع أيضًا ، لأن انتفاء الوجوب يلزم انتفاء الجواز وأن الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب، والمصنف ها هنا في مقام الدفع فجاز أن يدفعه على طريقه فيلزمه الخصم .

م: (**ويأخذ منه**) ش: أي من مدعي اللقطة م: (**كفيلاً إذا كان**) ش: أي الملتقط م: (**يدفعها إليه**) ش: أي يدفع اللقطة إلى المدعي م: (**استيثاقًا**) ش: أي لأجل الاستيثاق لنفسه حتى إذا ظهر الأمر بخلاف ، وتقدر الرجوع إليه يرجع على الكفيل .

هذا إذا دفعها بالعلامة ، أما لو دفعها بالبينة ، فلأبي حنيفة - رحمه الله - روايتان ، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً ، كذا في «جامع قاضي خان» م: (**وهذا بلا خلاف**) ش: يعني أخذ الكفيل سومًا بلا خلاف م: (**لأنه يأخذ الكفيل لنفسه**) ش: ولا يأخذه لغيره م: (**بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة ودل الضمير إليه ، وإن لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة ، صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة .

وعندهما تؤخذ ، والفرق عند أبي حنيفة أن حق الحاضر ها هنا غير ثابت ، فيمكن أن يكون غيره فيضمنه ، ولا يمكن الرجوع على الآخذ لأنه قد يتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل .

أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم ، وحق الآخر موهوم فلا يجوز أن يأخذ حق الحاضر الثابت لموهوم ، وقال الأترازي : قوله ويأخذ منه كفيلاً إلى قوله وهذا بلا خلاف فيه تناقض من المصنف ؛ لأنه قال في فصل المواريث فيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف .

م: (**وإذا صدقه**) ش: أي إذا صدق الملتقط مدعي اللقطة م: (**قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه**) ش: أي لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل إلى المودع وقال أنا

وقيل يجبر لأن المالك ها هنا غير ظاهر ، والمودع مالك ظاهر ، ولا يتصدق باللقطة على غني ، لأن المأمور هو التصدق لقوله -عليه السلام -فإن لم يأت-يعني صاحبها- فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة ، وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها ، وقال الشافعي : يجوز ، لقوله -عليه السلام- في حديث أبي-رضي الله عنه- : فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها، وكان من المياسير ،

وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه لأنه أمر بحق القبض في ملك الغير .

م: (**وقيل : يجبر لأن المالك ها هنا غير ظاهر**) ش: أي مالك آخر غير هذا المدعي في اللقطة غير ظاهر ولما أقر أنه هو المالك يلزمه إقراره فيجبر على الدفع .

م: (**والمودع**) ش: بكسر الدال م: (**مالك ظاهر**) ش: فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء .

وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له لم يأمره ، وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وإنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن لهذا ، كذا في «المبسوط» .

م: (**ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور هو التصدق لقوله -عليه السلام- : فإن لم يأت - يعني صاحبها- فليتصدق به**) ش: أي ما أمر بالصدقة م: (**والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة**) ش: حيث لا تصح على غني ، والحديث رواه أبو هريرة ، أخرجه الدارقطني[1] ، وقد تقدم م :(**وإن كان الملتقط غنيًا لم يجز له أن ينتفع بها**) ش: أي باللقطة م: (**وقال الشافعي- رضي الله عنه : يجوز**) ش: وبه قال أحمد م: (**لقوله -عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في حديث أبي- رضي الله عنه - فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها**) ش: حديث أبي بن كعب - رضي الله عنه - في الصحيحين ، وفيه : « **فاحفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فانتفع بها . . .** » الحديث .

م: (**وكان**) ش: أبي بن كعب - رضي الله عنه - م: (**من المياسير**) ش: أي من الأغنياء ، وهذا من كلام المصنف وليس من سنن الحديث ، والمياسير جمع ميسور ضد المسور ، وهما

---

(١) سنن الدارقطني (٤/ ١٨٤) وقد تقدم عن زيد بن خالد الجهني .

ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ، ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما رواه على الأصل والغني محمول على الأخذ ؛

وجهان عند سيبويه ومصدران عند غيره .

قيل : يرد كلام المصنف ما رواه البخاري ومسلم عن أبي طلحة . قلت : يا رسول الله : إن الله تعالى يقول : ﴿ **لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون** ﴾ (آل عمران ، الآية : ٩٢) ، وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها فما ترى يا رسول الله ؟ فقال رسول الله ﷺ : « **اجعلها في فقراء قرابتك** » فجعلها أبو طلحة في أبي ، وحسان ، فهذا صريح أن أبيًا كان فقيراً .

قلت : يحتمل أنه أيسر بعد ذلك ، وقضايا الأحوال متى تطرق إليها الاحتمال سقط منها الاستدلال .

م: (**ولأنه**) ش: أي لأن الانتفاع باللقطة م: (**إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها**) ش: أي لكونه حاملاً وباعثًا على رفعها أي على رفع اللقطة م: (**صيانة لها**) ش: أي حفظًا للقطة ، يعني حفظًا لها عن الضياع م: (**والغني يشاركه فيه**) ش: أي يشارك الفقير في الانتفاع بها .

حاصله أن حل الانتفاع باللقطة بعد التعريف للفقير لا للتصدق فيصير ذلك سببًا للالتقاط ، فيصير المال محفوظًا على المالك .

فإنه متى علم أنه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا المعنى ، فيشاركه في الانتفاع .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن اللقطة ، ذكر الضمير باعتبار المال م: (**مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص**) ش: الحرية للتعرض لملك مال الغير فلا يباح ، قال الله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ .

م: (**والإباحة للفقير لما رويناه**) ش: وهو قوله -عليه السلام- : « **فليصدق به** » فعلم أن الإباحة بطريق التصدق .

م: (**أو بالإجماع**) ش: على جواز تعادل الصدقة للفقير دون الغني م: (**فيبقى ما رواه على الأصل**) ش: أي بقي ما رواه جواز الانتفاع الفقير على الأصل وهو حرمة الانتفاع بمال الغير بغير إذنه .

م: (**والغني محمول على الأخذ**) ش: هذا جواب عما قال الشافعي : يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملاً على رفع اللقطة وصيانتها لأنه إذا عرف أن اللقطة يجوز له

لاحتمال افتقاره في مدة التعريف ، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ، وانتفاع أُبي - رضي الله عنه -كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه،

الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء أن يؤول إليه ، وتقرير الجواب أن الغني محمول على الأخذ ، يعني كونه حاملاً لرفعها م: (**لاحتمال افتقاره في مدة التعريف**) ش: يعني يحتمل أن يكون فقيراً في مدة التعريف .

م: (**والفقير قد يتوانى**) ش: أي قد يتكاسل في الأخذ م: (**لاحتمال استغنائه فيها**) ش: أي في مدة التعريف ، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة والحاجة إليها ، وكذلك في كل منهما مال عدم رفعها ، إلا أن الحامل في الغني لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير وتطرق الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال .

فإن قلت : في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني : « **فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك** » فدل على الانتفاع للملتقط غنيًا كان أو فقيراً .

قلت : معنى شأنك الزم شأنك بها في الحفظ لصاحبها م: (**وانتفاع أُبي - رضي الله عنه -كان بإذن الإمام**) ش: هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث أبي بن كعب - رضي الله عنه - بيانه أن انتفاع أبي بن كعب - رضي الله عنه - كان بإذن الإمام تخصيصًا له ، كما في شهادة خزيمة - رضي الله عنه - م: (**وهو جائز بإذنه**) ش: أي الانتفاع باللقطة بعد مدة التعريف جائز للغني بإذن الإمام على وجه يكون قرضًا .

وهذا الجواب الذي أجاب به المصنف عن حديث أبي بن كعب - رضي الله عنه - إنما يمشي على كون أبي غنيًا ، لأنه قال فيما مضى وكان من المياسير ، وقد قلنا فيما مضى أنه كان فقيراً وبينا ذلك ، قال الأترازي في جوابه عن حديث أبي ، قال أصحابنا : إنه كان فقيراً وذكر حديث أبي طلحة ، وقد ذكرناه .

فإن قلت : قال الترمذي عقيب حديث أبي - رضي الله عنه - والعمل عليه عند أهل العلم ، وهوقول الشافعي وأحمد وإسحاق ، قالوا لصاحب اللقطة أن ينتفع بها إذا كان غنيًا .

ولو كانت اللقطة لا تحل إلا لمن تحل له الصدقة لم يحل لعلي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وقد أمره رسول الله ﷺ بأكل الدينار حين وجده ، ومن لم يعرفه .

قلت : أجيب : عن هذا بما أجيب عن حديث أبي - رضي الله عنه - فرواه أبو داود في سننه عن سهل بن سعد أن عليًّ بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسين - رضي الله عنهما - وهما يبكيان ، فقال : ما يبكيكما ؟ قالا : الجوع ، فخرج علي - رضي الله عنه - فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت : اذهب إلى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقًا ، فجاء اليهودي

وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره ، وكذا إذا كان الفقير أباه

واشترى به دقيقًا .

فقال اليهودي : أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله ؟ قال : نعم ، قال : فخذ ثم جاء فاطمة - رضي الله عنها - فأخبرها ، فقالت : اذهب به إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحمًا فذهب فرهن الدينار بدرهم فطبخت وخبزت وأرسلت إلى أبيها ، فجاء فقالت : يا رسول الله أذكر لك فإن كان لنا حلالاً أكلناه، من شأنه كذا وكذا ، فقال : « كلوا بسم الله » فأكلوا فبينماهم مكانهم إذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار .

فأمر النبي ﷺ فدعى فسأله فقال : فسقط مني في السوق ، فقال النبي ﷺ : « يا علي اذهب إلى الجزار فقل له إن رسول الله ﷺ أرسل إلي بالدينار ، ودرهمك علي » فأرسل به فدفعه النبي ﷺ إليه . . . [1] انتهى .

واستشكل هذا من جهة أن عليًا - رضي الله عنه - أنفق الدينار قبل التعريف ، وأجاب المنذري بأن مراجعة علي - رضي الله عنه - رسول الله ﷺ على ملأ الخلق إعلان به ، ثم قال : بهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة .

قلت : هذا رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : إن عليّ بن أبي طالب - رضي الله عنه - وجد ديناراً في السوق فأتى النبي ﷺ فقال : «عرفه ثلاثة أيام» قال فعرفه ثلاثة أيام فلم يجد من يعرف ، فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال : « شأنك ... »[2] الحديث .

م: (وإن كان الملتقط فقيرًا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه) ش: أي من الانتفاع م: (من تحقيق النظر من الجانبين) ش: جانب الملتقط بالانتفاع ، وجانب المالك بحصول الثواب له .

م: (ولهذا) ش: أي ولكون النظر فيه من الجانبين م: (جاز الدفع) ش: أي دفع اللقيط م: (إلى فقير غيره) ش: من الفقراء أو هو وسائر الفقراء سواء في الفقر ، فجاز الانتفاع له أيضًا ، م: (وكذا) ش: أي وكذا يجوز م: (إذا كان الفقير أباه) ش: أي أب الملتقط .

---

(١) أبو داود في « اللقطة» [١٧١٦].

(٢)رواه عبد الرزاق [١٠/ ١٤٢] حديث (١٨٦٣٧) وقال محققه -حفظه الله - : هذه القصة مروية على وجوه وتزيد وتنقص . راجع البيهقي (٦/ ١٩٤) وقد أخرجه أبو يعلى من طريق بكر، عن ابن جريج ، والبزار من طريق يحيى بن سعيد ، عن ابن جريج كما في كشف الأستار (١/ ٢٨١).

أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو غنياً لما ذكرنا ، والله أعلم .

م: (**أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو**) ش: أي الملتقط م: (**غنيًا**) ش: وصرفها إلى هؤلاء ، وكلمة إن واصلة بما قبلها م: (**لما ذكرنا**) ش: أي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولو التقط العبد شيئًا بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتوه طولب ربه بقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتوه قبل التعريف أو بعده .

وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه ضمان خيانة فتعلق برقبته ، ويظهر في حق المولى ، وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر الولي بالدفع أو القدر ، وإن أتلف بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق ، لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكان ضمان بحصته فلا يظهر في حق المولى م: (**والله أعلم**) .

* * *

كتاب الإباق

الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه ، وأما الضال فقد قيل كذلك، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ، ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان ، لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً

م: (**كتاب الإباق**)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الإباق وهو الهرب من أبق من باب ضرب يضرب ، وفي «المبسوط» الإباق التمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ، ورواة الأعراق يطهر العبد عن نفسه فرارًا ليصير ماله ضمانًا أو رده إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان .

والآبق هو الذي يهرب عن مولاه قصداً ، والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله ، وفي النهاية هذا الكسب أعني اللقيط واللقطة والإباق والعتق ركيت يجانس بعضها بعضًا من حيث إن في كل منها عرضة الزوال والهلاك .

م: (**الآبق**) ش: على وزن فاعل مرفوع بالابتداء ، وقوله م: (**أخذه**) ش: مبتدأ ثان وخبره هو قوله م: (**أفضل**) ش: والجملة خبر المبتدأ الأول م: (**في حق من يقوى عليه**) ش: أي من يقدر على أخذه ولا نعلم خلافًا بين أهل العلم م :(**لما فيه**) ش: أي لما في أخذه م: (**من إحيائه**) ش: لأنه هالك في حق المولى ، فيكون الرد إحياءه .

م: (**وأما الضال فقد قيل كذلك**) ش: أي حكم الآبق أخذه أفضل ، لمافيه من إحياء النفس ومن التعاون على البر كالآبق م: (**وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه**) ش: يعني الضال يطلب مالكه فلا يبرح عن مكانه م: (**فيجده المالك ولا كذلك الآبق**) ش: بخلاف الآبق لأنه يخفى عن مولاه ، وإذا لم يؤخذ يضيع حقه م: (**ثم آخذ الآبق**) ش: الآخذ على صيغة اسم الفاعل م: (**يأتي به**) ش: أي بالآبق م: (**إلى السلطان**) ش: أو نائبه أو القاضي م: (**لأنه**) ش: أي لأن آخذه م: (**لا يقدر على حفظه**) ش: أي حفظ الآبق م: (**بنفسه**) ش: لتمرده أو عجز آخذه ، ثم هذا الذي ذكر من الإتيان بالعبد الآبق إلى السطان اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فالآخذ بالخيار إن شاء حفظه لنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام .

وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار كذا في الذخيرة م: (**بخلاف اللقطة**) ش: حيث لا يرفعه إلى السلطان لأنه قادر على حفظها بنفسه م: (**ثم إذا رفع الآبق إليه**) ش: أي إلى السلطان م: (**يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيًا**) ش: فيكون ترك

بخلاف الضال ، قال : ومن رد آبقاً على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لايكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي -رحمه الله- لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال . ولنا أن الصحابة -رضي الله عنهم- اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من

حبسه تعريضًا على الإباق م: (**بخلاف الضال**) ش: لأن الظاهر أنه لا يروح إذا لم يحبس .

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : وإذا أتى الرجل بالعبد فأخذه السلطان فحبسه فادعاه رجل وأقام البينة أنه عبده قال : يستحلفه ما بعته ولا رهنته ، ثم يدفعه إليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلاً .

وإن أخذ منه القاضي كفيلاً لم يكن ليأخذه ولكن لا يأخذه أحب إلي ، قال الحاكم : هذه رواية أبي حفص ورأيت في بعض روايات سليمان قال : أحب إلي أن يأخذ منه كفيلاً .

وإن لم يأخذ منه كفيلاً وسعه ذلك وإن لم يكن للمدعي بنية ، وأقر العبد أنه عبده قال : يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلاً ، وإن لم يجئ للعبد طالب . قال : إذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة بأن العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الإمام ، وينفق عليه الإمام في مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه إن حضر ومن ثمنه إن باعه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن رد آبقًا على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا فله عليه جعله أربعون درهمًا ، وإن رده لأقل من ذلك**) ش: أي من مسيرة السفر م: (**فبحسابه**) ش: أي فيحسب الجعل بحساب ما دون السفر ، والجعل بالضم ما يجعل للعامل على عمله .

م: (**وهذا استحسان**) ش: أي وجوب الجعل استحسان المشايخ لاتفاق الصحابة على ذلك م: (**والقياس أن لا يكون له**) ش: أي للمسير م: (**شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي - رحمه الله -**) ش: وبه قال ابن المنذر وبعض أصحاب أحمد ، وهو قول إبراهيم النخعي أيضًا .

ولكن ما أنفق عليه إنما يجب بالشرط ، بأن قال : من رد عبدي علي فله كذا م: (**لأنه**) ش: أي لأن المراد م: (**متبرع بمنافعه**) ش: في رده م: (**فأشبه العبد الضال**) .

ش: حيث لا يجب شيء فيه ، ولو تبرع عليه يعني من أعيان ماله فلا يرجع عليه ، فكذا إذا تبرع بمنافعه ، ولا يستوجب الآبق نهيًا له عن المنكر ، والنهي عن المنكر فرض ، فإذًا لا يستوجب فاعل الفرض جعلاً .

م: (**ولنا أن الصحابة - رضي الله عنهم - اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين درهمًا ، ومنهم من أوجب ما دونها**) ش: أي ما دون الأربعين ، فمن الصحابة الذين أوجبوا الأربعين درهمًا ، عن عمر - رضي الله عنه - رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، حدثنا

أوجب أربعين درهماً ، ومنهم من أوجب ما دونها فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه ، توفيقاً وتلفيقاً بينهما ، ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد ،

محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر - رضي الله عنه - «قضى في جعل الآبق أربعين درهمًا »، ومنهم معاوية - رضي الله عنه - رواه ابن أبي شيبة أيضًا ، حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحاق قال : أعطيت الجعل في زمن معاوية -رضي الله عنه- أربعين درهمًا ، ومنهم عبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - رواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عن عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني - رضي الله عنه - قال : أصبت غلمانًا أباقًا بالغين ، فذكرت ذلك لابن مسعود -رضي الله عنه- فقال : الأجر والغنيمة، قلت : هذا الأجر ، فما الغنيمة؟ قال: أربعون درهمًا من كل رأس.

ومن الصحابة الذين أوجبوا أقل من أربعين درهمًا علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه »حدثنا محمد بن يزيد ويزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي -رضي الله عنه- أنه جعل في جعل الآبق دينارًا ، أو اثني عشر درهمًا، وفيه حديث مرفوع مرسل : أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في« مصنفيهما» عن عمرو ابن دينار أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يؤخذ خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم[1] .

م: **(فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها)** ش: أي أوجبنا ما دون الأربعين م: **(فيما دونه)** ش: أي فيما دون السفر م: **(توفيقًا)** ش: بين الآثار المذكورة م: **(وتلفيقًا بينهما)** ش: أي جمعًا بين الروايات المتعارضة ، والتلفيق الضم يقال : لفقت الثوب ألفقه وهو أن يضم شفة إلى أخرى كذا في «الصحاح» .

فإن قلت: كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير تيقنةً . قلت: لم يؤخذ بالأقل لإمكان التوفيق بين أقاويلهم وأشار إليه المصنف بقوله : فأوجبنا الأربعين إلى آخره ،وعن أحمد : إن رده من المصر فله عشرة دراهم أو دينار ، وإن رده من خارج المصر سواء كان مدة السفر أو لا فله أربعون، وقال مالك : له أجر مثله في قدر تعبه وسفره ، وتكلف طلبه ممن شأنه وعادته طلب الإباق، وإن لم يكن ممن نصب نفسه كذلك فله نفقته عليه ، لأنه اختلف فيه الصحابة، فعلم أنه غير مقدر بشيء معين فيجب أجر المثل م: **(ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد)** ش: هذا دليل عقلي لوجوب الجعل، بيانه أن الأصل في إيجاب الجعل هو أنه يحمل على رد الآبق .

---

(١) رواه عبد الرزاق [٨/ ٢٠٧ ، ٢٠٨] حديث «١٤٩٠٧».

إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس ، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ، أو يفوض إلى رأي القاضي ، وقيل: يقسم الأربعون

م: (**إذ الحسبة**) ش: أي العمل فيه لأجل اعتقاد الأجر م: (**نادرة**) ش: فإذا كان كذلك م: (**فتحصل**) ش: بوجوب الجعل م: (**صيانة أموال الناس**) ش: من الضياع فيرغب كل واحد عن تحصيل الآبق ليرده إلى صاحبه ، فيأخذ الجعل . والرد يحتاج إلى عناء فقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ، ففي إيجاب الجعل يحصل صيانة الأموال م: (**والتقدير بالسمع**) ش: جواب عن قياس الشافعي الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل أي تقدير الجعل في الآبق بدليل سمعي أو هو إجماع الصحابة الذي ورد في حكم الآبق من وجوب الجعل على حسب الاختلاف في كمية المقدار فيه ، ولا اختلاف في أصل الوجوب لأنه وقع مجمعًا عليه من غير نكير منهم . م: (**ولا سمع في الضال**) ش: أي لم يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال م: (**فامتنع**) ش: قياس الآبق على الضال ، وكان القياس في رد الآبق عدم الوجوب أيضًا ، إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع .

ولا سمع في الضال ، فبقي على أصل القياس م: (**ولأن الحاجة**) ش: إشارة إلى بقاء إلحاق الآبق بالضال ، بيانه أن الحاجة م: (**إلى صيانة الضال دونها**) ش: أي دون الحاجة م: (**إلى صيانة الآبق لأنه**) ش: أي لأن الضال م: (**لا يتوارى**) ش: أي لا يختفي م: (**والآبق يختفي**) ش: لأنه هارب ، والهارب يخفي نفسه .

م: (**ويقدر الرضخ**) ش: تفصيل لقوله : وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بأن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهمًا، وثلاثة دراهم، ورد هذا قول من قال : إن قوله رضخ إلى آخره تكرار لما ذكره قبله، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه، بيانه أن هذه الأوجه الثلاثة أعني قوله : الرضخ إلى قوله وإن كانت تفصيل لما ذكره أولاً . فإن التقدير الشرعي إذا ثبت على خلاف القياس يمنع أن يكون لما دون القدر حكم القدر فقال : لأجل ذلك ويقدر الرضخ بالمعجمتين من قولهم ، أرضخ فلان بفلان ماله إذا أعطاه قليلاً من كثير، والاسم الرضيخة يقال : أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد .

م: (**في الرد عما دون السفر باصطلاحهما**) ش: أي باصطلاح الراد والمالك يجب ما يقع عليه اتفاقهما ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي أشرنا إليها م: (**أو يفوض إلى رأي القاضي**) ش: هذا هو الوجه الثاني أو يفوض أمر الرضخ إلى رأي القاضي على حسب ما يرى .

قالوا : هذا هو الأشبه بالاعتبار م: (**وقيل : يقسم الأربعون**) ش: هذا هو الوجه الثالث أي

على الأيام الثلاثة ، إذ هي أقل مدة السفر . قال : وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً ، قال : وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف : له أربعون درهماً ؛ لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ، ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل ، لأنه حط منه . ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة ،

يقسم الأربعون التي هي الجعل م: (**على الأيام الثلاثة**) ش: فيجب بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم م :(**إذ هي**) ش: أي الأيام الثلاثة م: (**أقل مدة السفر**) ش: في القصر في الصلاة وغيرها .

وفي «فتاوى الولوالجي» : وإذا كان العبد الآبق بين رجلين أو ثلاثة فالجعل عليها على قدر الأنصباء ؛ لأن منفعة الرد حصلت لهما ثلاثًا ، فكذلك الجعل عليها يكون ، وفي «الذخيرة» : ولو كان أحدهما غائبًا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجعل كله أو لا يكون معتبرًا في نصيب الغائب بل يرجع عليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإن كانت قيمته**) ش: أي قيمة الآبق م: (**أقل من أربعين يقضى له**) ش: أي للراد م: (**بقيمته**) ش: أي بقيمة العبد الآبق م: (**إلا درهمًا**) ش: ينقص من الأربعين لأن ما دون الدرهم كسور ، ولا يجوز اعتباره شرعًا للنص .

م: (**قال**) ش: أي المصنف : م: (**وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف : له أربعون درهمًا**) ش: وبه قال أحمد م: (**لأن التقدير بها**) ش: أي بالأربعين م: (**ثبت بالنص**) ش: أي بالأثر م: (**فلا ينقص عنها**) ش: أي عن الأربعين .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الأربعين منصوصًا عليها م: (**لا يجوز الصلح على الزيادة**) ش: أي على الأربعين يعني إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من الأربعين درهمًا لا يجوز الصلح لتعيين الأربعين بالنص م: (**بخلاف الصلح على الأقل**) ش: حيث يجوز م: (**لأنه حط منه**) ش: أي من الأربعين .

م: (**ولمحمد أن المقصود**) ش: يعني من الجعل م: (**حمل الغير على الرد**) ش: أي رد الآبق م: (**ليحيي مال المالك**) ش: لأن الآبق كالهالك م: (**فينقص درهم ليسلم له شيء**) ش: من مالية العبد م: (**تحقيقًا للفائدة**) ش: وهي حياة مال المالك نظرًا له ، ولا نظر في إيجاب أربعين كلها في رد ما لا يساوي أربعين . ثم اعلم أن قول أبي يوسف كان أولاً مثل قول محمد ، ولهذا لم يذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في« مبسوطه» أو شمس الأئمة البيهقي في «الشامل» وكذلك في عامة نسخ الفقه ، ولم يذكروا قول أبي حنيفة .

وأما أم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى ، لما فيه من إحياء ملكه ، ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما ؛ لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عيال الأب

وذكر في «شرح الطحاوي» قوله مع محمد ، فقال : لو كان العبد يساوي أربعين أو دونها فإنه ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- أولاً ، ثم رجع وقال : يجب الجعل درهمًا وإن كانت قيمته درهمًا .

م: (**وأما أم الولد والمدبر في هذا**) ش: أي في وجوب الجعل م: (**بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى**) ش: لأنهما مملوكان له ، ولهذا هو أحق بكسبها ، وهما بمنزلة القن ، ووجب الجعل لإحياء ما بينهما بالرد ، وتعليل المصنف بقوله م: (**لما فيه من إحياء ملكه**) ش: أولى بتعليل غيره لما فيه إحياء المالية ، لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة .

وقال الكاكي : فإن قيل : الجعل يجب لإحياء المالكية ، ولا مالية لأم الولد خصوصًا عند أبي حنيفة .

قلنا : المالك أحق بكسبها ، ولها مالية باعتبار كسبها ، وقد أحياها بالرد إليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب ، فإنه أحق بمكاسبه فلا يكون رده إحياء لمالية المولى لا باعتبار الرقبة ، ولا باعتبار المكسبة كذا في «المبسوط» .

م: (**ولو رد بعد مماته**) ش: أي ولو رد أم الولد والمدبر بعد موت المولى م: (**لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت**) ش: أي بموت المولى م: (**بخلاف القن**) ش: حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه ، وقوله : يعتقان بموته ظاهر في حق أم الولد .

وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه ، أما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن السعي كالمكاتبة عنده ، وهو مديون عندهما ، ولا جعل لرد المكاتب أو الحر .

م: (**ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه**) ش: أو ابن المولى م: (**وهو**) ش: أي والحال أن الراد م: (**في عيال الأب**) ش: قيد به إذا لم يكن في عياله يجب الجعل ، وحمله ذلك أن الراد إذا كان في عياله مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد أبا المالك أو ابنًا له .

وأما إذا لم يكن في عياله لا جعل له سواء كان الرد فعل التفضيل إن كان الراد ابن المالك فليس له جعل ، وإن كان أباه فله الجعل المشار إليه في «الذخيرة» . وفي «شرح الطحاوي» : ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه ، فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن ، وكذا المرأة والزوج .

أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل ؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب . قال : وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه ؛ لأنه أمانة في يده ، لكن هذا إذا أشهد ، وقد ذكرناه في اللقطة . قال : وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له ، وهو صحيح أيضاً لأنه في معنى البائع من المالك ، ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وكذلك إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا . قال : ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالإعتاق

وإن وجد الأب عند أبيه إن لم يكن في عياله فله الجعل ، وإن كان في عياله فلا جعل له ، وكذلك الأخ وسائر ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه إن كان في عياله ، فلا جعل له ، وإن لم يكن في عياله فله الجعل .

م: (**أو أحد الزوجين على الآخر**) ش: أي ورد الآبق أحد الزوجين على الآخر م: (**فلا جعل**) ش: لهؤلاء م: (**لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب**) ش: أي القدوري ، وأراد بإطلاق ما ذكره القدوري بقوله : ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام، فصاعدًا فله عليه جعل أربعون درهمًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإن أبق**) ش: أي العبد م: (**من الذي رده فلا شيء عليه**) ش: أي لا ضمان عليه م: (**لأنه أمانة في يده ، لكن هذا**) ش: أي عدم وجوب الضمان م: (**إذا أشهد**) ش: عند الأخذ .

م: (**وقد ذكرناه في اللقطة**) ش: أي وقد ذكرناه في كتاب اللقطة أن الأخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعًا .

م: (**قال**) ش: أي المصنف : م: (**وذكر في بعض النسخ**) ش: من « المختصر» للقدوري م: (**أنه لا شيء له**) ش: أي لأجل الراد إذا أبق الآبق منه م: (**وهو صحيح أيضًا لأنه**) ش: أي لأن الراد م: (**في معنى البائع من المالك**) ش: لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق وإنما سيعيدها المولى والرد بما يجب عليه ، والبائع إذا هلك في يده المبيع سقط الثمن .

فكذلك هنا سقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقوله : م: (**ولهذا كان له**) ش: أي للراد م: (**أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل**) ش: أي حتى يأخذ الجعل ، وهذا م: (**بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن**) ش: أي يأخذ جميع الثمن .

م: (**وكذلك إذا مات**) ش: أي الآبق م: (**في يده**) ش: أي في يد الراد م: (**لا شيء عليه**) ش: أي لا ضمان عليه م: (**لما قلنا**) ش: أنه أمانة عنده م: (**قال : ولو أعتقه المولى كما لقيه**) ش: أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه م: (**صار قابضًا بالإعتاق**) ش: فيجب عليه **الجعل** ، وأشار بقوله

كما في العبد المشترى ، وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له ، والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه ، فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز . قال : وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده ، فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد ، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما . لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه ، فصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو بهبة

بالإعتاق إلى أنه لو دبره فكان الإعتاق لم يصر قابضًا.

والفرق بينهما أن الإعتاق إتلاف للمالية فيصير به قابضًا بالإعتاق ، وأما التدبير فليس بإتلاف المال، فلا يصير به المولى قابضًا إلا أن يصل إلى يده م: (**كما في العبد المشترى ، وكذا إذا باعه**) ش: أي وكذا يصير قابضًا إذا باع العبد الآبق م: (**من الراد لسلامة البدل له**) ش: وهو بالثمن لسلامة العين فيجب عليه الجعل .

م: (**والرد وإن كان له حكم البيع**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله : لأنه في معنى البائع من المالك ، وهو أن يقال لما كان الراد في معنى البائع كان المالك في معنى المشتري ، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عن بيع المشترى قبل القبض .

فأجاب بقوله : والراد وإن كان له حكم البيع لكن ليس من كل وجه ، و هو معنى قوله م: (**لكنه بيع من وجه**) ش: عن إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل على المولى ، فلما كان كذلك جاز بيع المالك م: (**فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز**) ش: أي البيع لأن النهي ورد مطلقًا ، والمطلق يتناول الكامل ، وامتناع جواز البيع قبل القبض ، وليس من خصائص البيع ، أي ليس من لوازمه لا محالة ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وينبغي إذا أخذه**) ش: أي إذا أخذ الآبق م: (**أن يشهد أنه يأخذه ليرده**) ش: هذا كلام القدوري في «مختصره» ، وقال المصنف : م: (**فالإشهاد حتم**) ش: أي واجب م: (**فيه**) ش: أي في الآبق م: (**عليه**) ش: أي على الآخذ م: (**على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما**) .

ش: وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس الإشهاد بشرط ، وقد مر في اللقطة م: (**لأن ترك الإشهاد أمارة**) ش: بفتح الهمزة أي علامة م: (**أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ**) ش: إذا رده على مولاه لا جعل له لأنه أخذه لنفسه إلا إذا لم يشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بشراء ، فله الجعل لأن هذا الشراء لا يعد ملكًا ، فكان الآخذ بدون الشراء ، وإن لم يشهد لا يستحق الجعل ، وإن أشهد استحق ، فكذا هذا م: (**أو بهبة**) ش: أي قبل هبته إن

أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له ؛ لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل، وهو متبرع في أداء الثمن ، فإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لأنه أحيا ماليته بالرد ، وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة إحياء المالية ، فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء ، لأن الرهن لايبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ؛ والباقي على الراهن ؛ لأن حقه بالقدر المضمون ، فصار كثمن الدواء ، وتخليصه عن الجناية بالفداء . وإن كان

وهبه الآخذ ، صورته وهبه الآخذ لرجل فرد الموهوب له على مولاه م: (**أو ورثه فرده على مولاه**) ش: أي أو ورث الآبق من الآخذ فرده الوارث عن مولاه ففي هذه الصور كلها :

م: (**لا جعل له لأنه رده لنفسه**) ش: لأنه لم يأخذه ليرده بل أخذه لنفسه ، مسألة الوصية ذكرها الحاكم ، وفي «المبسوط» عبد آبق فأخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر فرده على مولاه فلا جعل له ، وكذا لو وهب له أو أوصى أو ورثه لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه فيكون رده لإسقاط الضمان .

م: (**إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده**) ش: على مولاه ، لأنه لا يقدر على رده إلا بشراء م: (**فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن**) ش: يعني لا يرجع على سيده قل أو كثر كما لو أنفق عليه بغير أمر القاضي م: (**فإن كان الآبق رهنًا**) ش: فرده ، آخذه م: (**فالجعل على المرتهن لأنه أحيا ماليته بالرد ، وهي حقه**) ش: أي مالية العبد حق المرتهن م: (**إذ الاستيفاء منها**) ش: أي لأن الاستيفاء حقه من مالية العبد م: (**والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه**) ش: أي فيكون الجعل على المرتهن .

وقال الأكمل : والجعل بمقابلة إحياء المالية فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ، وليس ثم إحياء المالية عند أبي حنيفة واجب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده .

م: (**والرد في حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت**) ش: فكان الرد بعد موته وقبله سواء م: (**وهذا**) ش: أي كون الجعل على الراهن م: (**إذا كانت قيمته**) ش: أي قيمة الآبق م: (**مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه**) ش: أي فبقدر حصة الدين على المرتهن م: (**والباقي على الراهن لأن حقه**) ش: أي حق الرهن م: (**بالقدر المضمون**) ش: لا غير فيجب عليه الجعل بقدره م: (**فصار كثمن الدواء**) ش: حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه والباقي على الراهن .

م: (**وتخليصه**) ش: أي تخليص العبد المرهون م: (**عن الجناية بالفداء**) ش: فإن البقاء يجب على المرتهن بقدر دينه وحصته على الراهن ، فكذلك الجعل م: (**وإن كان**) ش: أي العبد الآبق

مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين وإن بيع بدئ بالجعل ، والباقي للغرماء ؛ لأنه مؤنة الملك، والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له ، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم ، وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد

مأذونًا م: (**مديونًا فعلى المولى**) ش: أي فالجعل على المولى م: (**إن اختار قضاء الدين**) ش: لأجل انتفاء العبد على ملكه .

م: (**وإن بيع**) ش: أي العبد بالدين م: (**بدئ بالجعل**) ش: يعني يستوفي من الجعل أولاً م: (**والباقي**) ش: من الثمن م: (**للغرماء لأنه**) ش: أي لأن الجعل م: (**مؤنة الملك والملك فيه**) ش: أي ملك المولى في العبد لحقوق الدين م: (**كالموقوف**) ش: بين أن يسد على المولى متى اختار قضاء الدين ، وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع .

م: (**فيجب على من يستقر له**) ش: أي فيجب الجعل على من يستقر له الملك ، فإن اختار المولى قضاء الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه ، وإن بيع العبد المستقر الملك فيه للغرماء فيجب الجعل عليهم .

م: (**وإن كان**) ش: أي الآبق م: (**جانيًا**) ش: بأن أخطأ م: (**فعلى المولى**) ش: أي فالجعل على المولى م: (**إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه**) ش: أي منفعة الرد إلى المولى م: (**وعلى الأولياء**) ش: أي والجعل على الأولياء م: (**إن اختار**) ش: أي المولى م: (**الدفع**) ش: أي دفع العبد م: (**لعودها إليهم**) ش: أي إلى الأولياء لأن منفعة الرد سلمت لهم م: (**وإن كان موهوبًا**) ش: أي وإن كان العبد الآبق موهوبًا م: (**فعلى الموهوب له**) ش: أي فالجعل على الموهوب له .

م: (**وإن رجع الواهب في هبته**) ش: كلمة إن للوصل لما قبله م: (**بعد الرد**) ش: أي بعد رد الآبق، وإنما ذكر أن الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب من يستقر له الملك وعلى قوله فعلى المولى إن اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين .

فأجاب بقوله م: (**لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد**) ش: أي برد الآبق م: (**بل بترك الموهوب له التصرف**) ش: من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب كما في الموت .

فإن قيل : المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم، لكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودًا ، فيضاف الحكم إليه كما في القرابة مع الملك يضاف التصرف إلى آخرهما وجوداً كذا هذا م: (**فيه**) ش: أي في الآبق م: (**بعد الرد**) ش: أي بعد رد الآبق

لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه مؤنة ملكه ، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه .

من إباقه م: **(وإن كان)** ش: أي العبد الآبق م: **(للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه)** ش: أي لأن الجعل م: **(مؤنة ملكه)** ش: أي ملك الصبي .

م: **(وإن رده)** ش: أي الآبق م: **(وصيه)** ش: أي وصي الصبي م: **(فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه)** ش: أي في الآبق إذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة ، وشرعًا يتحقق الرد فيه على نفسه ، وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل يعوله فيرده الرجل لا جعل له لأنه هو الطالب عادة ، وكذا لا جعل للسلطان أو الشحنة أو الظفير لا جعل لهم في رد الآبق ، والمال من أيدي قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم .

كذا في «المبسوط» و«الذخيرة» . وفي«المحيط» لو أخذ رجلٌ آبقًا فغصبه من الآخذ رجل ، وجاء إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء للآخر وأقام بينة أنه أخذ من مسيرة سفر يأخذ الجعل من سيده ثانيًا ويرجع السيد على الغاصب بما وقع إليه ، ولو جاء رجل بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده هرب من الآخذ فوجده آخر وجاء به إلى سيده فلا جعل لواحد منهما ، ولو خرج من المصر بعد الهرب وجاء به الآخر مدة سفر فالجعل للثاني .

وذكر الحاكم في «الكافي» إذا أبقت الأمة ولها صبي مرضعًا فردهما رجل كان له جعل واحد ، فإن كان ابنها غلامًا قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهمًا ، وعلل في «الشامل» وقال : لأن من لم يراهق لم يقر آبقًا .

* * *

كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه ؛ لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ، وصاركالصبي والمجنون ، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ، وقوله : ليستوفي حقه لإخفاء أنه يقبض غلاته، والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ، ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ،

م: (كتاب المفقود)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام المفقود ، ووجه مناسبة هذا الباب بالباب الذي قبله قد ذكرناه ، يقال فقدت الشيء أي غاب عني فقداً وفقوداً وفقداناً فهو مفقود أي غائب، وهو من الأضداد . يقال فقدت الشيء أي ضللته ، وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين موجود في المفقود وقد ضل عن أهله وهو في طلبه ، إذ هو اسم لحر غائب لم يرد موضعه ولا حياته ولا مماته وأهله في طلبه . وفي «المبسوط» هو حي غائب عن بلده أو أسر وأهله في طلبه ، وقد انقطع خبره واستر عليهم أثره ففي مستقره في الحد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد .

وفي ذكر المصنف في الكتاب ما ينفر مرامه الشرعي وهو قوله م: **(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه)** ش: أي على حفظ ماله م: **(ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة)** ش: أي الصفة المذكورة وهي قوله إذا غاب الرجل إلى آخره م: **(وصار)** ش: أي المفقود م: **(كالصبي والمجنون)** ش: حيث يحتاجان إلى من ينظر في أمرهما م: **(وفي نصب الحافظ لماله)** ش: أي وفي نصب القاضي الحافظ المقصود م: **(والقائم عليه)** ش: أي على مال المفقود م: **(نظر له)** ش: أي للمفقود وارتفاع نظر على أنه مبتدأ وله خبره .

م: **(وقوله)** ش: أي قول القدوري - رحمه الله - : م: **(ليستوفي حقه)** ش: وهذا من لفظه في « مختصره» أي يستوفى الذي نصب له لحفظ ماله ، والقيام عليه حق المفقود ، ولما كان هذا محتاجًا إلى إيضاحه أوضحه المصنف بقوله م: **(لإخفاء أنه يقبض غلاته)** ش: لأنها من جملة حقه .

م: **(والدين)** ش: أي ويقبض الدين م: **(الذي أقر به غريم من غرمائه)** ش: أي من غرماء المفقود م: **(لأنه)** ش: أي لأن قبض كل واحد من غرمائه الدين المذكور م: **(من باب الحفظ ، ويخاصم)** ش: أي الذي نصب له م: **(في دين وجب بعقده)** ش: أي بعقد الذي له .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الذي نصب له م: **(أصيل في حقوقه)** ش: أي في حقوق العقد الذي

ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود . ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف . وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين، وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب ، وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به ، لأنه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته فينظر له

تولاه المفقود ، وفائدته أن لا يقبل البينة عليه لأنه ليس من باب النظر للمفقود ، وأنه قضاء على الغائب ولا في نصب له .

م: (**ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له**) ش: في نصيب للمفقود كائنًا م: (**في عقار أو عروض في يد رجل لأنه**) ش: أي لأن الذي نصب م: (**ليس بمالك ولا نائب عنه**) ش: أي عن المفقود م: (**إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين**) ش: يعني الوكيل يقبض الدين من جهة المالك ويملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافًا لهما .

م: (**وإذا كان كذلك**) ش: أي وإذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة م: (**يتضمن الحكم به**) ش: أي حكم القاضي بثبوت ذلك م: (**قضاء على الغائب وأنه**) ش: أي وأن قضاء القبض على الغائب م: (**لا يجوز إلا إذا رآه القاضي**) ش: إلا إذا رأى القاضي ذلك مصلحة .

م: (**وقضى به**) ش: أي بما رآه جاز ذلك م: (**لأنه مجتهد فيه**) ش: أي في الحكم على الغائب ، وعند الشافعي يجوز لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه بعد .

وفي «الخلاصة» ذكر الإمام السرخسي- رحمه الله - هذا بناء على أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلاً على الغائب ، فعندنا لا وهي معروفة ، أما لو فعل وقضى على الغائب فقد جاز بالإجماع . وهكذا ذكر في الزيادات ، فإن قيل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر .

قلنا : لا بل المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا ، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها بقذف كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ثم قال في «الخلاصة» و«الفتوى» على هذا .

ونقل الأستروبشتي في فصوله عن فتاوى ظهير الدين أن نفس القضاء مختلف فيه فيتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف م: (**ثم ما كان يخاف عليه الفساد**) ش: مثل الثمار ونحوها م: (**يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه**) ش: أي على القاضي م: (**حفظ صورته**) ش: ومعناه وهو ما ينساه أراد أن حفظ صورته وحفظ ماله كليهما متعذر م: (**فينظر له**) ش: أي

بحفظ المعنى. ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها ؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله . فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن . قال : وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ، والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته ، لأن القضاء حينئذ يكون إعانة ، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله

للمفقود م: (**بحفظ المعنى**) ش: وهو المالية وهي تبقى بحفظ الثمن والحفظ من وجه أولى من ترك الحفظ من كل وجه .

م: (**ولا يبيع**) ش: أي القاضي م: (**ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته**) ش: أي لأجل نفقته ، وهو يتعلق بقوله ولا يبيع م: (**ولا في غيرها**) ش: أي ولا في غير النفقة وما لا يخاف عليه الفساد، وسواء كان منقولاً أو عقاراً ، وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه م: (**لأنه**) ش: أي لأن القاضي م: (**لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له**) ش: أي فلا يجوز له م: (**ترك حفظ الصورة ، وهو ممكن**) ش: الواو فيه للحال قيد بالإمكان لأن عند عدمه له أن يبيعه م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله - م: (**وينفق على زوجته**) ش: أي زوجه المفقود . م: (**وأولاده من ماله**) ش: أي من مال المفقود ، أي هذا لفظ القدوري - رحمه الله - م: (**وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم**) ش: أي الحكم م: (**جميع قرابة الولاد**) ش: كالآباء والأجداد وإن علوا والأولاد وإن سفلوا والجدات وإن علون .

م: (**والأصل**) ش: أي في هذا الباب الذي يبنى عليه أحكام هذا الباب م: (**أن كل من يستحق النفقة في ماله**) ش: أي مال المفقود م: (**حال حضرته بغير قضاء القاضي**) ش: كالأبوين والأولاد الصغار ذكوراً كانوا أو إناثًا ، والأولاد الكبار من النساء ، والزمنى الذكور الكبار ، م: (**ينفق**) ش: أي القاضي .

م: (**عليه**) ش: أي على من يستحق النفقة م: (**من ماله عند غيبته ، لأن القضاء حينئذ**) ش: أي حين إنفاق القاضي عليهم م: (**يكون إعانة**) ش: أي تمكينًا للمستحق من الأخذ ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الأخذ فيعينهم القاضي على ذلك إلزامًا إذ اللزوم ثابت قبل القضاء، ولأن للقاضي إن يعين صاحب الحق على إيفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فإنه يعطيه الدين من مال الغائب .

م: (**وكل من لا يستحقها**) ش: أي النفقة م: (**في حضرته**) ش: أي في حضرة المفقود م: (**إلا بالقضاء**) ش: كما في الأخ والأخت والخال والخالة م: (**لا ينفق عليه من ماله**) ش: أي لا ينفق

في غيبته ؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع ، فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة. وقوله: من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس ، فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر

القاضي عليه من مال المفقود: (**في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء ، و القضاء على الغائب ممتنع**) ش: خلافًا للشافعي .

م: (**فمن الأول**) ش: أى فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي م: (**الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني**) ش: أي وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي م: (**الأخ والأخت والخال والخالة**) ش: والعم والعمة .

وإنما كان هذا من الثاني لأنها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها ، فلا تجب إلا بالقضاء والرضاء ، ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء .

والعرف بين قرابة الأولاد وغيرهم من سائر المحارم وحيث استحق الأولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الآخرون إلا بالقضاء فإن حق ولاية الأولاد في النفقة مثل الدين من حق غيرهم ، لأنه يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد .

فلما ظهر لهم فضل مزية ثبت استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الأخوة والأخوات وسائر المحارم . وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة .

وأما الزوجة فحقها في النفقة آكد أيضًا من قرابة الولاد ، ولهذا تستحق النفقة ، وإن كانت غنية ، وإن كان الورثة كبارًا ليس لهم زمانة ولا فيهم امرأة ، وكانوا إخوة من الرضاع أو بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لأنهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود .

وكذا حال غيبته ، وقال خواهر زاده في« مبسوطه» : وإن استوثق منهم بكفيل فحسن لجواز أنهم أخذوا نفقة هذه المدة من المفقود ، ومرة فيأخذ منهم كفيلاً حتى إذا حضر المفقود وأثبت أنه دفع إليهم نفقة هذه المدة مرة وإن لم يقدر عليهم أخذ من الكفيل وإن شاء ضمنهم .

م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - : م: (**من ماله**) ش: يعني في قوله وينفق على زوجته وأولاده من ماله م: (**مراده**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**الدراهم والدنانير ، لأن حقهم**) ش: أي حق قرابة الولاد والزوجة م: (**في المطعوم والملبوس**) ش: لا في غيرها م: (**فإذا لم يكن ذلك**) ش: أي المطعوم والملبوس م: (**في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي**) ش: أي القيمة م: (**النقدان**) ش: وهما الدراهم والدنانير فكانت من جنس حقهم م: (**والتبر**) ش: وهو ما كان غير

بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمـة كالمضروب ، وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعـة أو ديناً ينفـق عليـهم منهـمـا إذا كـان المودع والمديون مـقـرين بالوديـعـة والدين والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن كانـا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهراً يشترط الإقرار بما ليس بظاهر، هذا هو الصحيح .

مضروب من الفضة والذهب كما قاله في «المغرب» م: **(بمنزلتهما)** ش: أي بمنزلة النقدين م: **(في هذا الحكم)** ش: أي في القضاء بالقيمة م: **(لأنه يصلح قـيمة كـالمضروب)** ش: أي كـالدراهم والدنانير فلهم أخذ جنس حقهم ، وللقاضي إعانته في ذلك .

م: **(وهذا)** ش: أي هذا الذي ذكرناه من إنفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير م: **(إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة)** ش: عند رجل م: **(أو دينًا ينفق)** ش: أي القاضي م: **(عليهم منهما)** ش: أي من الوديعـة والدين م: **(إذا كان المودع)** ش: بفتح الدال م: **(والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح)** ش: بين المفقود دون وجه م: **(والنسب)** ش: بينه وبين من يستحق عليه النفقة م: **(وهذا)** ش: أي الاحتياج إلى الإقرار إنما هو م: **(إذا لم يكونا ظاهرين عند القـاضي)** ش: أي الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل الدين والوديعة شيئًا واحدًا ، والنكاح والنسب كذلك ، فكذلك ذكرهما بلفظ التنبيه بدليل قوله بعد م: **(فإن كانا ظاهرين)** ش: أي الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي م: **(فلا حاجة إلى الإقرار)** ش: أي إقرار المودع أو المديون .

م: **(وإن كان أحدهما ظاهرًا)** ش: أي أحد الشيئين اللذين أحدهـما الوديعة والدين وقد ذكرناه أنه جـعلهـمـا واحدًا والآخـر من الشـيئين هو قـوله أو النكاح والكسب ، أي أو كـان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب م: **(يشتـرط الإقرار بما ليس بظاهر)** ش: مثلها إن لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط إقرار المودع والمديون ، كأن يقول : هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود .

وكذا إذا لـم يكن الدين أو الوديعة ظاهرًا عند القاضي يقول من في يده المال هذه وديعة فلان المفقـود أو دين فلان المفقـود ، وقـال خـواهر زاده في «مبسـوطه» : ولم يذكـر في الكـتـاب يعني في «المبسوط» أنه إذا كـان للمـفقود دينًا ووديعة ينفق أولاً من الـوديعة أو من الدين ثم قال : وذكـر في «السير الكبير» : ينفق من الوديعة أولاً لأن النظر للغائب في هذا لأنه إذا أنفق أولاً من الدين ربما تهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق .

فإذا حضر الغائب لا يلقى إلا الدين ولا يجد الوديعة ، والدين لا ينوى م: **(هذا هو الصحيح)** ش: أي الإنفـاق من الوديعـة والدين على الزوجـة وقـرابة الولاد ، هو الـصـحـيح وهو وجـه الاستحسان ، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لأنه قضاء على الغائب

فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي ، لأن القاضي نائب عنه . وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب ، لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصمًا في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه ، وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود . قال : ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرّق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر -رضي الله عنه- هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة

فلا يجوز .

وجه الاستحسان : أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم ، فكان للقاضي أن ينفق عليهم من ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته .

م: (**فإن دفع المودع**) ش: بفتح الدال م: (**بنفسه أو من عليه الدين**) ش: أي أو أعطى من عليه الدين م: (**بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي ؛ لأن القاضي نائب عنه**) ش: أي عن المفقود .

م: (**وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً**) ش: يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب م: (**أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصمًا في ذلك**) ش: لأن الخصومة إما دفع من المالك أو نائب المالك، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك م: (**لأن ما يدعيه**) ش: أي الآخذ من المتحققين.

م: (**للغائب**) ش: أي لأجله م: (**لم يتعين سببًا لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها**) ش: أي لأن النفقة م: (**كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود**) ش: فلم يكن خصمًا عن المفقود حكمًا، وقال شيخي العلاء - رحمه الله : حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد أن هذا المال هو الدين والوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لأنه كما تجوز النفقة في الدين والوديعة تجوز في مال آخر أيضًا للمفقود فلم ينتصب خصمًا .

وقوله : لم يتعين سببًا لثبوت حقه أي لم يتعين محلاً لثبوت حق آخذ مستحق النفقة ، وإنما ذكر السبب مقام ذكر المحل لمناسبة بينهما ، لما أن السبب يعمل في المحل.

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ، لأن عمر - رضي الله عنه - هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة**) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» في

وكفى به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي المدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما: الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين،

كتاب «النكاح ».

حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة أن رجلاً استهواه الجن على عهد عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - ، فأتت امرأته عمر - رضي الله عنه - فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعتد ، فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق .

ورواه عبد الرزاق أيضًا في «مصنفه» ، وفي آخره فخير عمر - رضي الله عنه - بينها وبين الصداق الذي أصدقها ، ورواه من طريق آخر وفي آخره فقال له عمر - رضي الله عنه -: إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوجني غيرها ، ثم جعل عمر - رضي الله عنه - يسأله عن الجن ، وهو يخبره .

قوله : استهواه الجن، قال الكاكي : أي حرته الجن وتهمته . قلت : يقال استهواه أي جره إلى المهاوي وهي المساقط والمهالك .

م: (**وكفى به**) ش: أي بعمر - رضي الله عنه - م: (**إمامًا**) ش: أي من حيث الإمامية م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المفقود م: (**منع حقها**) ش: أي حق امرأته م: (**بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي المدة اعتبارًا بالإيلاء والعنة**) ش: يعني يفرق بينه وبين امرأته كما يفرق بين العنين والمولى دفعًا للضرر عنها كيلا تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة .

م: (**وبعد هذا الاعتبار**) ش: أي بالإيلاء والعنة م: (**أخذ**) ش: أي مالك م: (**المقدار**) ش: أي المقدار الذي يفرق م: (**منهما**) ش: أي من الإيلاء والعنة م: (**الأربع**) ش: أي أخذ الأربع م: (**من الإيلاء**) ش: لأن مقداره أربع أشهر م: (**والسنين**) ش: أي أخذ السنين م: (**من العنة**) ش: لأن المقدار فيها سنة م: (**عملاً بالشبهين**) ش: أي شبه الإيلاء وشبه العنة .

حاصله أن امرأة المفقود تشبه امرأة المولى من حيث إن حقها في الجماع فات بالسفر كفوات حق امرأة المفقود وشبهه امرأة المولى فالجماع بصفته وهو الإيلاء .

وتشبه امرأة العنين من حيث إن حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ، لأن العنة مباح كما أن حق امرأة العنين فات في الجماع ، ونفقة الزوج وهو فيها معذور فضربناها مدة الخلاص متصل إلى حقها في الجماع أربع سنين اعتباراً بالشبهين .

ولنا قوله - عليه السلام- في امرأة المفقود : إنها امرأته حتى يأتيها البيان ، وقول علي -رضي الله عنه- فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق ،

م: (**ولنا قوله -عليه السلام-**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان**) ش: هذا أخرجه الدارقطني في «سننه» عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ : « **امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان** » ويروى : «حتى يأتيها الخبر» .

وهذا حديث ضعيف . قال ابن أبي حاتم في كتاب« العلل» : سألت أبي عن حديث رواه سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة، قال أبي : هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل : متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير وأباطيل [1] ، وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة الدارقطني ، وأعله بمحمد بن شرحبيل وقال : إنه متروك . وقال ابن القطان في «كتابه» : سوار بن مصعب أشهر المتروكين منه ،ودونه صالح بن مالك، ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله .

وقال الأترازي : ولنا ما روى علماؤنا في «المبسوط» عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ أنه قال : « في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان.. انتهى .

قلت : كأنه لم يقف على رواية الدارقطني فلهذا نسب روايته إلى أصحابنا من غير إسناد ، قلت : الأول : مسلم ، والثاني : ممنوع على ما لا يخفى .

م: (**وقول علي - رضي الله عنه -**) ش: مرفوع بالابتداء وخبره قوله خرج بيانًا ، والجملة عطف على قوله ولنا قوله- عليه السلام- م: (**فيها**) ش: أي في امرأة المفقود م: (**هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق**) ش: هذا رواه عبد الرزاق في «مصنفه» في كتاب الطلاق أخبرنا محمد بن عبد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبه أن عليًا - رضي الله عنه- قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت ، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق .

وأخبرنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن عليًا قال، فذكره سواء ، أخبرنا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن الحكم بن عتيبه عن علي - رضي الله عنه - ، قال تتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت .

---

(١) الدارقطني في كتاب « النكاح» - باب : امرأة المفقود (٣/ ٣١٢) . راجع ترجمته في «ضعفاء» ابن الجوزي (١٥٨٤). وفي كتاب « العلل» (١/ ٤٣٢) - في علل أخبار الطلاق - سألت أبي عن حديث رواه محمد بن حمير ، عن بشر بن جبلة ، عن سوار بن الأشعث ، عن محمد بن شرحبيل . فقال أبي : هذا حديث منكر ، ومحمد بن شرحبيل : متروك الحديث .

خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال ، فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر -رضي الله عنه-رجع إلى قول علي - رضي الله عنه-، ولا معتبر بالإيلاء ؛ لأنه كان طلاقاً معجلاً ، فاعتبر في الشرع مؤجلاً ، فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة ؛ لأن الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة .

م: **(خرج بيانًا)** ش: خبر المبتدأ أعني قول علي - رضي الله عنه - كما ذكرنا ، أي خرج مظهرًا م: **(للبيان المذكور في المرفوع)** ش: أي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع ، وهو قوله - عليه السلام -في المفقود: إنها امرأته حتى يأتيها البيان ، لأن قوله البيان مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فبين علي - رضي الله عنه - ذلك المجمل بقوله : حتى يتبين موت أو طلاق ، وفي هذا المكان تأمل لا يخفى .

م: **(ولأن النكاح عرف ثبوته)** ش: عمن يعرف المفقود وامرأته م: **(والغيبة)** ش: أي غيبة المفقود م: **(لا توجب الفرقة)** ش: كما في غيبة غير المفقود م: **(والموت في حيز الاحتمال)** ش: أي في جهة الاحتمال ، يقال هذا الكلام في حيز التواتر أي في جهته ومكانه وهو مجاز .

م: **(فلا يزال النكاح)** ش: أي الذي بين المفقود وامرأته م: **(بالشك)** ش: لأن الشك لا يزيل الثابت م: **(وعمر - رضي الله عنه - رجع إلى قول علي - رضي الله عنه -)** ش: هذا جواب عن استدلال مالك بقوله لأن عمر - رضي الله عنه - هكذا قضى في الذي استهوته الجن ، ولم يبين وجه الرجوع .

وقال الكاكي : وذكر عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر - رضي الله عنه - رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي - رضي الله عنه - أحدها مال المفقود وغيرها مذكور في «المبسوط» .

وقال الأترازي فلما ثبت أن عمر - رضي الله عنه - رجع إلى قول علي - رضي الله عنه -، كان ذلك إجماعًا على قول علي - رضي الله عنه - وفيه تأمل لا يخفى .

م: **(ولا معتبر بالإيلاء)** ش: هذا جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء، بيانه ما ذكره من قوله م: **(لأنه)** ش: أي لأن الإيلاء م: **(كان طلاقًا معجلاً)** ش: في الابتداء م: **(فاعتبر في الشرع مؤجلاً)** ش: أي طلاقًا مؤجلاً م: **(فكان)** ش: أي الطلاق م: **(موجبًا للفرقة)** ش: أي مزيلاً لملك النكاح ، وليس كذلك امرأة المفقود لأنه لم يوجد من الزوج طلاق أصلاً لا طلاق معجل ولا مؤجل .

م: **(ولا بالعنة)** ش: أي ولا معتبر أيضًا بالعنة م: **(لأن الغيبة)** ش: وفي بعض النسخ لأن الغربة م: **(تعقب الأوبة)** ش: أي الرجوع إذ الظاهر حال الغائب أنه يؤوب م: **(والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة)** ش: أي بعد استحكامها سنة ، إيضاح ذلك أنه ثبت في باب العنة حق الفرقة

قال : وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته . قال : وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله- ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لا يقدر بشيء ،

لفوات حق المرأة في الجماع على التأبيد .

لأن أمر العنة متردد بين أن يكون خلقة وبين أن يكون عارضًا ، فجعل الشارع العامل الفاصل بينهما مضي سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة المشتملة على الطبائع ، فإذا مضت منه ولم تزل العنة علم أنها كانت خلقة ، وما كان خلقة لا يزول أبدًا ، وهو الظاهر ، ولا يزول غالبًا ، بخلاف امرأة المفقود فإن حقها في الجماع لم يفت على التأبيد لأنه يرجى مجيئه بعد أربع سنين ، كما قيل ذلك بعد القياس هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في« مبسوطه» .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته**) ش: أي إذا تم للمفقود من عمره مائة وعشرون منذ ولدته أمه حكمنا بموته قبل هذا يرجع إلى أهل قول الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وقولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا لنوح وغيره -عليهم السلام .

م: (قال) ش: أي المصنف : م: (**وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران**) ش: كذا اعتبر محمد في الأصل ، ولم يذكر محمد أنه يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وقال خواهر زاده في« مبسوطه» : قال بعضهم: يعتبر أقرانه في السن في جميع البلدان لأنه ذكر الأقران مطلقًا فيتناول أقرانه في السن في جميع البلدان لا بلده خاصة .

وقال بعضهم : يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لأن الأعمار تتفاوت وتختلف باختلاف الأقاليم والبلدان ، حتى قالوا : الصقالبة أطول أعمارًا من أهل الروم ، فإذا كان كذلك يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لا من جميع البلدان ، ثم قال خواهر زاده: وهذا القول أصح وأرفق بالناس .

م: (**وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة**) ش: كذا في «الشامل» وشرح الطحاوي ، وفي رواية عنه بثمانية وخمسين سنة م: (**وقدره بعضهم بتسعين**) ش: لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر، وقال الصدر الشهيد: عليه الفتوى ، كذا قال في الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا ستين سنة رفقًا بالناس ها هنا لرفع الحرج عنهم .

وفي «فتاوى الولوالجي» قال بعضهم : هو مفوض إلى رأي القاضي ، يعني أي وقت رأى المصلحة حكم بموته .

م: (**والأقيس أن لا يقدر بشيء**) ش: الأقيس أفعل التفضيل للمفضول كالأشهر في تفضيل

والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة ، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة ، ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده ، لأن إبقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق ، وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ،

المشهور ، ولا تفضيل للمفعول إلا شاذًا كما في قولهم اشتعل من ذات الختين كفى من المقادير المذكور كالمائة والتسعين ونحو ذلك ، بل يعتبر بموت الأقران لأن حياة الإنسان بعد موت جميع أقرانه نادر ولا عبرة بالنادر .

م: (**والأرفق أن يقدر بتسعين**) ش: لأن الحياة بعده نادر .

وفي «الكافي» وعليه الفتوى م: (**وإن حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت**) ش: أي من وقت الحكم بالموت م: (**وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت**) ش: أي وقت الحكم بالموت م: (**كأنه**) ش: أي كأن المفقود م: (**مات في ذلك الوقت معاينة**) ش: أي عيانًا م: (**إذ الحكمي**) ش: أي الموت الحكمي م: (**معتبر بالحقيقي**) ش: فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته ، وقسم ماله بين ورثته ، فكذلك في الموت الحكمي .

م: (**ومن مات قبل ذلك**) ش: أي من مات من ورثة المفقود م: (**لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها**) ش: أي في مدة الفقد م: (**فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده ، لأن إبقاءه حيًا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو**) ش: أي استصحاب الحال م: (**لا يصلح حجة في الاستحقاق**) ش: واستصحاب الحال عبارة عن بقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق .

فلهذا اعتبر المقصود حيًا في مال غيره حتى لا يرث من المفقود في حال فقده ، ولا يرث المفقود عن أحد بل يوقف نصيبه من حال مورثه ، فإذا مضت المدة أو علم موته يرد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي ورث من ماله .

م: (**وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي**) ش: أي لا يُقضى للمفقود بالوصية إذا مات الموصي في حال فقده ، بل تكون الوصية موقوفة كالميراث إلى أن يظهر حاله ، وفي «الذخيرة» : لا يقضى بصحتها . ولا تبطل حتى يظهر حال المفقود ، ولأن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله من الميراث ، فكذا في الوصية .

م: (**ثم الأصل**) ش: أي في مال المفقود م: (**أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به**) ش: أي

ولكنه ينتقص حقه به ويعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي . وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي ، وتصادقوا على فقد الابن

لا يكون محرومًا ، وما ليست المفقود م: (**ولكنه**) ش: أي ولكن الوارث م: (**ينتقص حقه به**) ش: أي بالمفقود م: (**ويعطى**) ش: على صيغة المجهول أي يعطى الوارث م: (**أقل النصيبين ويوقف الباقي**) ش: صورته تركت امرأة زوجًا وأمًا وأختًا لأم وأخًا كذلك مفقودًا فللأم السدس على تقدير حياته وعلى تقدير موته الربع .

وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير موته ربع الثمن ، وكذلك الأخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع ، فيعطى كل واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه .

وهذه المسألة تصح من ثمانية عشر على تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية بينهما موافقة بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تصير اثنين وسبعين ، فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه .

وللأم اثني عشر وستة موقوفة من نصيبها ، وللأخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها ، فإذا ظهرت حياته كان مستحقًا علي ذلك التقدير ، فيكون للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذي أصاب الأم والأخت بحال .

لأن الحاصل لهما على تقدير حياته هو الأقل ، والباقي للأخ وهو ستة عشر سهمًا ، وإن حكم بموته بقي الزوج بحاله ، وكمل للأم والأخت ما كان موقوفًا من نصيبهما . م: (**وإن كان معه**) .

أي مع المفقود م: (**وارث يحجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا**) ش: أي الورثة المذكورون والأجنبيون م: (**على فقد الابن**) ش: قبل التصادق ، لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل ابنه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين ، لأن إقرار ذي اليد فيما في يده معتبر .

وقد أقر أن ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما ، وقول أولاد الابن : أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد ، لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئًا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد ، حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال .

أما لو جحد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك هذا المال ميراثًا لهما ولأخيهما المفقود ، فإن كان حيًا فهو الوارث معهما وإن كان ميتًا فولده الوارث معهما ، فإنه يدفع إلى البنتين النصف لأنهما بهذه البينة ثبت أن الملك لأبيهما في هذا المكان ،

وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ، ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولوكان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ، ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل ، فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ،

والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في إثبات الملك له بالبينة .

وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما النصيب وهو النصف ويوقف الباقي على عدل لأن الذي في يده حجة فهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد الابنتين والمسألة بحالها . فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ، ولا يوقف منه شيئًا للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج المال من أيديهما لأن النصف صار بينهما بتصرف النصف الباقي للمفقود من وجه ، ويريد بقوله ولا يوقف منه شيئًا للمفقود أن لا يجعل شيئًا مما في يد الاثنين ما كان للمفقود على الحقيقة .

وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود تطلب النساء ميراثهما ، وإن وافقوا أن الابن مفقود فإنه يعطى البنتان النصف ، وهو أدنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما لأنا لو قدرنا الابن المفقود كان نصيبهما الثلثين ، فكان النصف منقضيًا به ، وقوله : تصادقوا ، قد ذكرنا معناه وذكرنا وجه قيد التصادق .

م: **(وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه)** ش: أي لأن النصف م: **(متيقن به)** ش: لأنا لو قدرنا المفقود ميتًا كان نصيبهما الثلثين ، ولو قدرناه حيًا كان نصيبهما النصف ، فالنصف متيقن به م: **(ويوقف النصف الآخر)** ش: إلى أن يظهر حال المفقود م: **(ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيًا)** ش: لأن المفقود لو كان حيًا كان ابنه يحجب أولاده ، ولما لم يعلم حياة المفقود ولا مماته حصل الشك .

م: **(فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع)** ش: أي النصف الموقوف م: **(من يد الأجنبي)** ش: لأن المال لا يخرج من يد ذي اليد إلا بالخصم م: **(إلا إذا ظهرت منه)** ش: أي من الأجنبي م: **(خيانة)** ش: بأن يكون جحده ، بأن قال : ليس للميت مال في يدي ، لأنه لما جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخائن ، ويوضع على يد عدل إلى أن يظهر المستحق .

م: **(ونظير هذا)** ش: أي نظير المفقود م: **(الحمل)** ش: في حق وقف النصف م: **(فإنه)** ش: أي فإن الحمل م: **(يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى)** ش: احترز به عما روي أنه يوقف له نصيب أكثر من واحد ، وروى ليث بن سعد عن محمد أنه يوقف نصيب ثلاثة .

وفي رواية هشام نصيب ابنتين ، وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن المبارك

ولو كان معـه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ، ولا يتغـير بالحمل يعطى كل نصيبـه ، فإن كان ممن يسقط بالحمل لا يـعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل لـلتيقن به كما في المفـقود ، وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا .

عن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين ويوقف ثلث ماله ، وبه أخذ ابن المبارك وإبراهيم النخعي ومالك وشريك .

م: **(ولو كان مـعه)** ش: أي مع الحمل م: **(وارث آخر)** ش: فلا يخلو م: **(إن كـان)** ش: هذا الوارث م: **(لا يسقط بحال)** ش: كالابن والجدة مثلاً م: **(ولا يتغير بالحمل)** ش: ولاشك أن الابن يتغير بالحمل فإذا كان كذلك م: **(يعطى كل نصيبـه)** ش: لعدم فائدة تأخيره عما يستحقه من الإرث، وأما إن كان سقط وهو معنى قوله م: **(فإن كان)** ش: أي الوارث م: **(ممن يسقط بالحمل)** ش: كابن الابن والأخ والعم م: **(لا يعطى ، وإن كان ممن يتـغير به)** ش: أي بالحمل ولكن لا يسقط كالأم والزوجة م: **(يعطى الأقل للتيقن به)** ش: أي بالأقل م: **(كما في المفقود)** ش: فإنه إذا مات وترك ابنًا مفقودًا أو جدة معه أو أخًا أو أمًا فللجدة السدس والباقي موقوف لأن الجدة لا تسقط ، ولا يغير نصيبها ولا يعطى الأخ شيئًا لأنه يسقط بالابن .

وتعطى الأم السدس لكونه نصيبًا ، لأنه أقل من الثلث ، لأن المفقود وإن كان حيًا استحقت الأم السدس ، وإن كان ميتًا استحقت الثلث فيعطى السدس والباقي يوقف إلى أن يظهر حال المفقود م: **(وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا)** ش: أي شرحنا حكم مسألة المفقود في الشرح المسمى «بكفاية المنتهى» ببيان أتم من هذا البيان . وبالله التوفيق وعليه التكلان .

* * *

كتاب الشركة

م: (كتاب الشركة)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الشركة ، والشرك بمعنى واحد ، قال ابن دريد : الشرك مصدر شركته رجلان الشركة شركاه في المال ، وشريك الرجل وشاركه سواء ، وقال تاج الشريعة : شركته في كذا شركاء ، وشركته وهو شريك ، وهم شركاء ، والتركيب دال على الخليط ومنه الشركة تشابكها واختلاط بعضها ببعض .

ولهذا سمي النصيب الشائع شركاء . قال الله تعالى : ﴿ **أم لهم شرك في السموات** ﴾ (الأحقاف : الآية٤) ، أي نصيب شائع ، فسمي هذا العقد بها لأنه سبب لإجماع النصيبين وعشر في المال وتركها في شريك الحال اجتماع النصيبين ، وفي شركة العقد الإيجاب والقبول .

وقال الكاكي : للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة من حيث إن المال أمانة في يد الشريك ، كما أن الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة ، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة .

وفي الشركة اختلاط المالين ، فكذلك ذكرها عقيب المفقود وقدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق ، وقال الأترازي - رحمه الله - مناسبة الشركة بالمفقود من حيث إن المال في يد الشريك أمانة كما أن نصيب المفقود أمانة في يد من كان المال في يده . وأيضًا نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة، وقال الأكمل -رحمه الله-: مثله أو قريبًا منه .

قلت : إذا كان الذي ذكره الشراح وجهًا معتبراً في وجه المناسبة يمكن أن يذكر أحد عقب الصلاة أو الزكاة ما بأس أي من كان من أبواب الفقه ، لأنه يمكن ذكر مناسبة بينهما مثلما ذكر . لأنه لابد من وجه يوجد ولو كان بعيداً فيعتبر الواضع وجه المناسبة ، وهذا كله بعيد وتركه أحسن .

ثم اعلم أن شرعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، أما الكتاب قوله تعالى : ﴿ **فهم شركاء في الثلث** ﴾ (النساء : الآية ١٢) ، وقوله ﴿ **وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض** ﴾ (ص : الآية ٢٤) ، والخلطاء هم الشركاء ، وأما السنة فما رواه أبو داود عن محمد بن الزبرقان عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **قال الله تعالى : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانا خرجت**

الشركة جائزة لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه .

من بينهما » . ورواه الحاكم في« مستدركه»[1] وصححه .

وقال الأترازي : قال أصحابنا في كتبهم روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال : أتعرفني ؟ فقال : « **وكيف لا أعرفك وكنت شريكي في الجاهلية . فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري . .** » انتهى .

قلت : هذا أخرجه أبو داود وابن ماجه عن سفيان عن إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن قائد السائب عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ : كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ، و رواه الحاكم وصححه[2] ، ورواه أحمد في «مسنده » من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركه قبل الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه ، فقال النبي ﷺ : « **مرحبًا بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري ، يا سائب قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك ، وهي اليوم تقبل منك ، وإن كان ذا سلف وصدقة**»[3] .

وقال السهيلي في« الروض »: حديث السائب كثير الاضطراب فروي عن السائب ابن أبي السائب ، وروي عن قيس بن السائب ، وروي عن عبد الله ، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة ، والسائب بن أبي السائب من المؤلفة قلوبهم ، وممن حسن إسلامه منهم واضطرب في متنه أيضًا ، فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ، ومنهم من يجعله من قول أبي السائب في النبي ﷺ ، انتهى .

وقد عرفت أن قول الأترازي : إن أصحابنا قالوا : روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ إلى آخره ليس مستقيم لأن أحدًا من أصحاب الحديث لم يذكر أن هذا الحديث لأسامة بن شريك ، وذكره الكاكي وقال : السائب بن شريك ثم قال : وفي «شرح الوجيز» : السائب بن يزيد وهذا أيضًا فيه ما فيه ، وذكر« إبراهيم الحربي» في كتابه «غريب الحديث» أن يداريء مهموز من المدارأة وهي الموافقة ، وتمارى غير مهموز من المماراة وهي المجادلة ، وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعوا على جوازها ، وأما المعقول فهي طريق لانتفاء الفضل وهو مشروع بالكتاب . م: (**الشركة جائزة لأنه- عليه السلام- بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه**) ش: يعني لما كان الناس يعقدون

(١) أبو داود في «الشركة» (٢/ ١٢٤) ، والحاكم في «المستدرك» في : «البيوع» (٢/ ٥٢) .

(٢) أبو داود في «البيوع» - باب الشركة والمضاربة (٢٢٨٧) ، والحاكم في «المستدرك» في « البيوع» - باب الشركة والتجارة (٢/ ٦١) ، و في الأدب - باب في كراهية المراء (٤٨٣٦) .

(٣) قال الهيثمي : رواه أبو داود، وغيره بعضه ، ورواه أحمد والطبراني في « الكبير » ورجاله رجال الصحيح .

قال: الشـركة ضربان : شـركة أملاك، وشـركة عقـود ، فشركـة الأملاك العين يرثهـا الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ، وهذه الشركة تتحقق في غـير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء لو اختلط مـالهما من غيـر صنع أحدهما أو بخلطهـما خلطاً يمنع التميـيز رأساً أو لايخرج ، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في «كفاية المنتهي» ،

عقد الشركة والنبي -عليه السلام- لم ينكرها دل ذلك على جوازها ، فلو لم تكن جائزة لأنكرها لأنه مبعوث لبيان الحق . م: (**قال**) ش: أي القـدوري : م: (**الشركـة ضربان ، شركة أمـلاك وشركة عقود ، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي**) ش: إلى هنا كلام القدوري .

وقـال المصنف : م: (**وهذه الشـركة**) ش: أي الشركـة التي ذكرهـا القدوري - رحمـه الله - بقوله : فشركة الأملاك إلى آخره م: (**تتحـقق في غيـر المذكور في الـكتاب**) ش: أي في «مختصر القدوري » ، والمذكور في الكتاب شيئان الإرث والشراء فقط ، ثم أوضح بتحقق غير المذكور من الكتاب بقوله م: (**كما إذا اتهب الـرجلان عينًا**) ش: أي بما وهبت لهـمـا م: (**أو ملكاها بالاستيلاء**) ش: أى أو ملك العين رجلان بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب م: (**أو اختلط مـالهما**) ش: أي اختلط مال الرجلين م: (**من غير صنـع أحدهما**) ش: نحوها إذا أشبق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم .

م: (**أو بخلطهما**) ش: أي أو اختلط مالهـما بخليطهما العماء بأنفسهما م: (**خلطًا يمنع التميز رأسًا**) ش: يعني بالكلية كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها م: (**أو لا يخرج**) ش: أي أو اختلط خلطًا لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير ، فهذه الأنواع أيضًا من شركة الأملاك ، وكذا من شركة الأملاك الذي يملك الإنسان بصدقة أو[. . . .] م: (**ويجوز بيع أحدهما**) ش: أي أحد الشريكين م: (**نصيبه من شريكه في جميع الصور**) ش: المذكورة .

م: (**ومن غير شـريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط ، والاخـتلاط فإنه**) ش: أي فإن بيع أحدهما نصيبه من غير شريكه م: (**لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق**) ش: أي بين الجـواز في الصورة المذكـورة مطلقًا وبين عدم الجواز في صورة الخلط والاختلاط إلا بإذن شريكه .

وبينه في الكتـاب الموسـوم بـم: (**«كـفـاية المنتـهي»**) ش: وإنما أحـال بيـانه عليـه إما طلبًا للاختصار ، وإما بأن له مصنفًا آخر سمي بكفاية المنتهي ، قيل : إن الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الخالط ، فإذا حصل بغير نقد كان سبب الزوال

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذاوكذا. ويقول الآخر قبلت ، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم المطلوب من الشركة ، ثم هي على أربعة أوجه: مفاوضة وعنان وشركة الصناع وشركة الوجوه

ماشيًا من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك ، كأنه بيع ملك نفسه عملاً بالشبهين .

م: (**والضرب الثاني شركة العقود**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - أي النوع الثاني من نوع الشركة شركة العقود م: (**وركنها الإيجاب والقبول**) ش: أي ركن شركة العقود الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر .

وفسر ذلك بقوله م: (**وهو أن يقول أحدهما**) ش: أي أحد المتعاقدين م: (**شاركتك في كذا وكذا**) ش: في المال في البر ونحوه . . . أو في عموم التجارات م: (**ويقول الآخر قبلت**) ش: هذه الشركة على هذا الوجه .

م: (**وشرطه**) ش: أي شرط الضرب الثاني وهو شركة العقود م: (**أن يكون التصرف المعقود عليه**) ش: أي أن يكون التصرف الذي وقع عليه العقد ، وقوله التصرف اسم يكون وقوله المعقود عليه بالدفع صفة التصرف.

وقوله م: (**عقد الشركة**) ش: منصوب على المصدر ، وقوله م: (**قابلاً**) ش: نصب على أنه خبر يكون م: (**للوكالة**) ش: احترز به عن الشركة في التكري والأخشاش والاحتطاب والاصطياد بأن المسألة في هذه الصورة يقع عمن باشر منه خاصة لا على وجه الاشتراك .

وعقد الشركة يتضمن الوكالة لأن المقصود من الشركة يحصل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق أو الحكم ، ولم يوجد الولاية والمنطق بالتوكيل ، فشراء من الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح . وهذا معنى قوله م: (**ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركًا بينهما**) ش: أي بين الشريكين ، م: (**فيتحقق حكم المطلوب من الشركة**) ش: وهو الربح ، وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف شركًا بينهما ، أي بين الشريكين فتحقق حكم المطلوب منه .

أي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة م: (**ثم هي**) ش: أي الشركة م: (**على أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصناع وشركة الوجوه**) ش: المفاوضة يجوز فيها الرفع والنصب والجر ، أما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره أحدها مفاوضة .

وأما النصب فعلى تقدير أعني مفاوضة ، وأما الجر فعلى أنه عطف بيان وما بعد مفاوضة

فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة. قال قائلهم :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

داخل في الوجوه المذكورة بحيث العطف ثم شرع بين هذه الأربعة بالفاء التفصيلية بقوله م: (**فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما**) ش: المراد من التساوي في المال التساوي في مال يصح فيه الشركة على ما يجيء عن قريب .

م: (**وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق**) ش: يعني بغير قيد بشيء .

م: (**إذ هي**) ش: أي لأن المعاوضة م: (**من المساواة**) ش: يعني من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق ، ولهذا قال صاحب« المبسوط »: اشتقاق المعاوضة من التعويض ، إذ كل واحد منهما مفوض التصرف إلى صاحبه . . انتهى .

وليست هي منفعة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهة المعنى لأن معنى المعاوضة المساواة المشاركة والمفوضة الشركة والناس فرضي في هذا الأمر أي سواء لا تباين بينهم ، كذا ذكره الزمخشري في« الفائق» واستدل المصنف على هذا بقوله م: (**قال قائلهم**) ش: وهو الأفوه الأودي الشاعر :

م: (**لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا**) ش:

أو قبله :

يهدي الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهال تنقاد

ومعنى البيت إذا لم يكن للناس أمير وسيد كان كل واحد مستقلاً بنفسه فتتحقق المنازعة والفساد والاستشهاد في قوله فرضي أي لا يصلح الناس المأذون في الأمر .

قوله لا سراة لهم حال والسراة جمع سري قال في «الصحاح» : هو جمع عزيز لا يعرف غيره جمع فعيل على فعلة ، وفي المفصل المسراة اسم جمع السري كركب في الراكب والسري السيد من سرى فهو سري وهم سرات وسروات أي سارات .

كذا في «المغرب »، وفي «الصحاح »[. . . . .] مروة يقال سرى يسرو ويسري بالكسر يسري سروًا فيهما ويسروا سراوة أي سار سريًا .

أي متساويين ، فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه . وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي ،وكذلك في الدين لما سنبين إن شاء الله تعالى . وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي ، وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ،

وقصر المصنف فوضى بقوله م: (أي متساويين) ش: أي لا يصلح الناس إذا كانوا متساويين في الأمور ، فكل منهم يريد مضي أمره فيقع الاختلاف ، ولا يصلح الائتلاف .

م: (**فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء**) ش: أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استقامة ، وأما انتهاء فلأن المعاوضة من المفقود الجائزة فإن كان لكل واحد منهما الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامهما حكم الابتداء في ابتداء المتفاوضة بشرط المساواة ، فكذا في الانتهاء ، حتى إذا زاد مال أحدهما بعد العقد لا تكون المساواة ، فلا يبقى المعاوضة .

م: (**وذلك**) ش: أي تحقق المساواة م: (**في المال ، والمراد به ما تصح الشركة فيه**) ش: أي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة هو المال الذي تصلح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضًا على قولهما ، لا ما لا يصلح فيه الشركة كالعروض والعقار التفاضل فيه يبطل المعاوضة ، وهو معنى قوله :

م: (**ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه**) ش: كالنبات ونحوها ، وكذا الديون لا تصلح فيها الشركة حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لا يبطل المعاوضة ما لم ينفر ذكره في «الإيضاح» و«الذخيرة» . م: (**وكذا في التصرف**) ش: عطف على قوله وذلك في المال ، أي وكذا تحقيق المساواة في التصرف م: (**لأنه لو ملك أحدهما تصرفًا لا يملكه الآخر لفات التساوي**) ش: بأن كان الآخر عبدًا أو صبيًا أو ذميًا ، فلا يصلح المفاوضة بين الحر والعبد والصبي والبالغ والمسلم والذمي م: (**وكذا في الدين**) ش: عطف على قوله وذلك م: (**لما سنبين إن شاء الله تعالى**) ش: عن قريب سنبين اشتراط التساوي في هذه الأشياء المذكورة م: (**وهذه الشركة**) ش: أي شركة المفاوضة م: (**جائزة عندنا استحسانًا ، وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي**) ش: وبه قال أحمد .

م: (**وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة**) ش: وفي «الكافي» وهذا تناقض لأنه إذا لم يعرفها كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصور ، ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكمًا بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض .

وفي «الحلية» : والمعنى وحكي عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة وصفها عنده أن يفوض كل واحد إلى آخر التصرف مع حضوره وغيبته ، وتكون يده كيده ، ولا يشترط فيه

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلك بانفراده فاسد .
وجه الاستحسان قوله ﷺ فاوضوا فإنه أعظم للبركة ، وكذا الناس يتعاملون بها

التساوي في المال .

م: (**وجه القياس أنها**) ش: أي إن المفاوضة م: (**تضمنت الوكالة بمجهول الجنس**) ش: أي بشراء شيء مجهول الجنس م: (**والكفالة**) ش: أي تضمنت الكفالة م: (**بمجهول ، وكل ذلك**) ش: أي المذكور من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول . م: (**بانفراده فاسد**) ش: فعند انضمامهما بالطريق الأولى ألا ترى أنه قال وكلتك بالشراء أو شراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا يصح أيضًا بخلاف الكفالة بمعدوم ، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك على فلان يعني به .

فإن قيل : الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكلتك في مالي أصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد ها هنا ، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله ، فإذا لم يكن عامًا كان توكيلاً بمجهول الجنس فلا يجوز . م: (**وجه الاستحسان قوله -عليه السلام -، فاوضوا فإنه أعظم للبركة**) ش: هذا غريب ليس له أصل ، وقال الأترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ وهذا لا يرضى به الخصم .

وقال ابن قدامة في «المغني» لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن ، وقال الكاكي : قيل له هذا لا يدل على عدم صحته ، إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يرويه أصحاب السنن .

قلت : سلمنا ذلك ولكن لابد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة إلى أن ينتهي إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي ﷺ ، وذكر الكاكي أيضًا قوله -عليه السلام - : إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة .

قلت : أيضًا غريب مثل ذلك ، نعم روى ابن ماجه في «سننه» في التجارات عن صالح بن صهيب قال : قال رسول الله ﷺ : « **ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ..**»[1] انتهى .

قوله : المفاوضة بالقاف والواو في بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بالفاء ، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب «غريب الحديث» ، وضبط المعاوضة بالعين والضاد ، وفسر المعاوضة بأن بلغ عرضاه بعرض مثله . قال والعرض هو مأجور النفور من دابة أو غيرها ، وقال العرض بفتح الراء حطام الدنيا ، ومنه قوله- عليه السلام- : « **ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس**» .

قلت : هذا أيضًا لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان م: (**وكذا الناس يتعاملون بها**) ش:

---

(١) ابن ماجة (٢٢٨٩) .

من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة . ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى قال : فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ، لتحقق التساوي، وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ، ولابين الصبي والبالغ لانعدام التساوي ،

أي بالمفاوضة م: (من غير نكير) ش: فكان دليلاً على جوازها .

م: (وبه) ش: أي بتعامل الناس بها م: (يترك القياس) ش: قال الكاكي : لأن التعامل كالإجماع، وقال أبو بكر الرازي في « شرحه لمختصر الطحاوي » : وقد رد جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين - رحمهما الله تعالى .

م: (**والجهالة متحملة تبعًا**) ش: هذا جواب عن جهة القياس تقديره أن الجهالة التي ذكرت فيه تحملت تبعًا لا قصداً ، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً بأن الوكالة لمجهولة الجنس لا يثبت قصداً ويثبت ضمنًا بالإجماع م: (**كما في المضاربة**) ش: فإن الضارب وقت تصرفه وكيل عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المضاربة لا قصداً ، ولأن الجهالة تبطل باعتبار المنازعة لابد ولا منازعة هنا .

م: (**ولا تنعقد**) ش: أي شركة المعاوضة م: (**إلا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام**) ش: فإن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها م: (**حتى لو بينا**) ش: بلفظ التثنية أي حتى لو بين المتعاقدان م: (**جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى**) ش: لا اللفظ .

وهذا يجعل للكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة شرط ضمان الأصل كفالة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين**) ش: أي فتجوز المعاوضة بين حرين احترز به عن أن يكون بين الحر والعبد ، وقوله : الكبيرين صفة الحرين احترز به عن أن يكون بين الكبير والصغير .

وقوله : مسلمين حال الضرر به عن أن يكون أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا ، وقوله أو ذميين أي أو بين ذميين م: (**لتحقق التساوي**) ش: في جميع ذلك ، ولم يذكر المصنف بعد قوله مسلمين لفظ عاقلين ، ولا بد من ذلك .

م: (**وإن كان أحدهما**) ش: أي أحد المتعاوضين م: (**كتابيًا والآخر مجوسيًا يجوز أيضًا لما قلنا**) ش: وهو قوله لتحقق التساوي بينهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

م: (**ولا تجوز**) ش: أي المفاوضة م: (**بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوي**)

لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال ولا بين المسلم والكافر. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ، ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية

ش: وفي بعض النسخ لعدم المساواة م: (**لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدًا منهما**) ش: أي من التصرف والكفالة م: (**إلا بإذن المولى**) ش: يرجع إلى قوله بين الحر والمملوك .

م: (**والصبي لا يملك الكفالة**) ش: أذن له وليه أو لا م: (**ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي**) ش: إلى هنا من قوله ولا يجوز بين الحر والمملوك من كلام المصنف شرح لكلام القدوري - رحمه الله- وقوله م: (**ولا بين المسلم والكافر**) ش: من كلام القدوري أي لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوي .

م: (**وهذا**) ش: أي وعدم جواز المفاوضة بين المسلم والكافر م: (**قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما**) ش: أي بين المسلم والكافر م: (**في الوكالة والكفالة**) ش: لأن كل منهما يملك التوكيل والتكفيل .

وذكر الشراح أن عند أبي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لأن كل ما يملكه الذمي من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم أيضًا بالتوكيل، وجوابه أن الذمي يملكه بنفسه ، والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوي وصار كالحر مع العبد .

م: (**ولا يعتبر بزيادة تصرف**) ش: هذا جواب من جهة أبي يوسف - رحمه الله - عما يقال كيف يؤخذ التساوي بين المسلم والكافر ، فالكافر يجوز له التصرف في الخمر والخنزير ، ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوي ، وتقرير الجواب أنه لا يعتبر بزيادة تصرف م: (**يملكه أحدهما**) ش: أي أحد المتعاوضين م: (**كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة**) ش: بالاتفاق م: (**ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية**) ش: عمدًا ، لأنه يعتقد حلالاً بخلاف الحنفي .

وحاصل الكلام أن الاعتبار بالتساوي في أصل التصرف كما أن أحدهما يملك التصرف بأمر له أو نيابة ، فكذلك الآخر لكن أحدهما اختص بزيادة تصرف ، فلا يصرف ذلك كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي ، كما ذكرنا قوله بين الشفعوي نسبة إلى الشافعي .

فكذا لا يصح ، بل الصواب أن يقال الشافعي المذهب كما يقال للإمام الشافعي فإنه منسوب إلى شافع أحد أجداده ، وفي نسخة شيخي العلاء بين الشافعي والحنفي على الصحة ، وقال

إلا أنه يكره لأن الذمي لايهتـدي إلى الجائز من العقود ، ولهـما أنه لا تساوي بينهمـا في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لا يصح . ولا يجوز بين العبـدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعـدام صحة الكفـالة، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصاً ، وقد

الكاكي : وفي بعض النسخ بين الشـافـعي والحنفي يعني بالفـاء بعـد النون ، والصـواب الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة بالنسبة إلى فعيلة فعلاً بحذف الياء ، والحنفي بالياء منسوب إلى الحنف بدون الياء .

م: (**إلا أنه يكره**) ش: استثناء من قوله ، وقال أبو يوسف يجوز التساوي بينهما في الوكالة والكفالة ، ووجه الكراهة ، وهو ما ذكره بقوله م: (**لأن الذمي لا يهتدي إلى الجـائز من العقود**) ش: لأنه لا يحترز من الدين ، فلا يؤمن أن يكون شريكه حرامًا .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه لا تساوي بينهما فـي التصرف ، فإن الذمي لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح ، ولو اشتراها**) ش: أي الخمر والخنازير م: (**مسلم لا يصح**) ش: فلا يساوي .

فإن قلت : لكل معاوضة الكتابي المجوسي بحيث يصح ، ولا مساواة في التصرف منها ، فإن المجوسي يتصرف في الموقودة لأنه يعتقد المالية ، والكتابي لا يتصرف ، وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح والمجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح .

قلت : من جعل الموقودة مالاً يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة، والمساواة في المؤاجرة ثابتة، يعني فإن كل واحد من المجوسي والكتابي من أجل أن ينقل ذلك العمل عليه أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة مستوجب بها الأجر ، وإن كان لا يحل ذبيحته .

م: (**ولا يجوز**) ش: أي المفاوضة م: (**بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة**) ش: أي من العبد والصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة ، فلا يصح مفاوضتهم . قال لا بين المكاتبين .

وكذا لا يصح بين المكاتب والحر م: (**وفي كل موضع تصح المفاوضة لفقـد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان**) ش: أي والحال أنه لا يشترط ذلك الشرط في شركة العنان م: (**كان عنانًا**) ش: لأنه أتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة م: (**لاستجماع شرائط العنان**) ش: .

م: (**إذ هو**) ش: أي عقد شركة العنان م: (**قد يكون خاصًا**) ش: في نوع من التجارة م: (**وقد**

يكون عاماً .قال : وتنعقد على الوكالة والكفالة ، أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه . وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً . قال ما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة إطعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام

يكون عامًا) ش: في أنواع التجارة ، والمفاوضة عامة فيها نظيره ما ذكرناه في «الشامل» في قسم «المبسوط» . وإن تعارض عبدان مسلم وذمي كانت شركة العنان والمفاوضة أعم من العنان ، فإذا بطل يعني العموم فبقي معنى الخصوص فجاز إثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم .

وتنعقد أي المعاوضة في بعض النسخ م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(وتنعقد على الوكالة والكفالة)** ش: يعني أن كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلاً عن الآخر وكفيلاً عنه م: **(أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال)** ش: لأن التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ، ولم توجد الولاية فتثبت الوكالة لتحقق المقصود من الشركة فيكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف م: **(على ما بيناه)** ش: يعني عند قوله قبل هذا ليكون ما تستفاد بالتصرف مشتركًا بينهما .

م: **(وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات)** ش: أي وأما انعقاد المفاوضة على الكفالة فيتحقق معنى المفاوضة وهي المساواة في أمر هو من موجبات التجارة أي من مقتضياتها ، أي الأمر الآخر الذي هو من مواجب التجارة ويوجب التجارة .

م: **(وهو توجه المطالبة نحوهما جميعًا)** ش: فيكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما وجب عليه بسبب التجارة ، وإذا كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم الآخر عند أبي حنيفة ، وخلافًا لهما على ما يجيء إن شاء الله تعالى . وإذا اشتراه كل واحد منهما وفي أكثر النسخ .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(وما يشتريه كل واحد منهما)** ش: أي من المتعاوضين م: **(تكون على الشركة إطعام أهله وكسوتهم)** ش: فإنها تكون الذي اشتراه خاصة .

قال المصنف م: **(وكذا كسوته)** ش: أي وكذا كسوة الذي اشتراه يكون له خاصة م: **(وكذا الإدام)** ش: يعني يكون الذي اشتراه لا على الشركة ، لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن ، ألا ترى إلى ما قاله الكرخي في «مختصره» .

وإذا اشترى أحدهما طعامًا لأهله أو كسوة أو ما لابد لهم منه ، فذلك جائز وهو قول خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء على ما يجيء .

وكذا إذا اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، وليس له أن يشتري جارية للوطء إذا

لأن مقتضى العقد للمساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب فهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولايمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله،ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة ، والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء المشتري بالأصالة ، وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قبض ديناً عليه من مال مشترك بينهما .قال : ولا يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر

لم يأذن له شريكه .

وكذلك إذا اشترى جارية للخدمة وفي «مختصر الكرخي» - رحمه الله - أيضًا وإن اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقد يأخذ المستحق بالعقد أيهما شاء .

م: (**لأن مقتضى العقد**) ش: أي عقد شركة المفاوضة م: (**للمساواة**) ش: وهذا تعليل للمثنى منه وهو قوله يكون على الشركة م: (**وكل واحد منهما**) ش: أي من المتعاوضين م: (**قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب**) ش: أي في القدوري .

م: (**فهو**) ش: أي المستثنى منه م: (**استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة**) ش: لأن كل واحد منهما حين يشارك شارك صاحبه عالم بحاجته إلى ذلك ، ومعلوم أن كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه .

م: (**فإن الحاجة الراتبة**) ش: أي الراتبة من قولهم رتب الشيء إذا استقت ودام وأمر مرتب دائم ثابت م: (**معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه**) ش: أي إيجاب شراء أحد المتعاوضين م: (**على صاحبه ولا الصرف**) ش: أي صرف الثمن م: (**من ماله ، ولا بد من الشراء**) ش: أي شراء طعام الأهل وكسوتهم م: (**فيختص به**) ش: أي يختص المشتري بالطعام والكسوة م: (**ضرورة**) ش: لأنه لابد من شراء ذلك .

م: (**والقياس أن يكون**) ش: كل ذلك م: (**على الشركة لما بينا**) ش: وهو قوله لأن مقتضى العقد المساواة م: (**وللبائع أن يأخذ بالثمن**) ش: أي بثمن الطعام والكسوة والإدام م: (**أيهما**) ش: أي المتعاوضين م: (**شاء المشتري**) ش: أي يطالب المشتري م: (**بالأصالة**) ش: لأنه هو المباشر م: (**وصاحبه**) ش: أي يطالب صاحبه م: (**بالكفالة**) ش: لأنه كفيل عنه م: (**ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى**) ش: يعني من مال الشركة م: (**لأنه قضى دينًا عليه من مال مشترك بينهما**) ش: أي بين المتعاوضين م: (**وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر**) ش: أي

ضامن له تحقيقاً للمساواة ، فما يصح فيـه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار، ومن القسم الآخر الخيـانة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفـقة ولو كفل أحـدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال لا يلزم لأنه تبرع ،

فالشريك الآخر م: (**ضـامن له ، تحقيـقًـا للمسـاواة**) ش: أي يعني المساواة الذي تقـتضيـه شـركة المتعاوضة م: (**فما يصح الاشتراك فيه**) ش: أي فمن جملة ما يصح الاشتراك فيه .

م: (**البيـع والشراء**) ش: صـورتهـما ظاهرة ، لكن الثمن في البيع الجائز ، والقيمة في البيع الفاسد م: (**والاستئجار**) ش: صورته أن مستأجر أحد المتعاوضين أجير في تجارتهما أو دابة أو شيئًا من الأشياء فللمؤجر أن يأخذ الأجر أيهما شاء ؛ لأن الإجارة من عقود التجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه من التجارة .

وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلاً إلى مكة تحج عليها فللمكاري أن يأخذ أيهما شاء ، إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه نصيبه من الدرئ .

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجر لأن هو الذي استأجره ، لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه م: (**ومن القسم الآخر**) ش: أي مما لا يصح فيـه الاشـتـراك م: (**الخيانة**) ش: أراد بها الخيانة على نفي الدم لأن ضمان العقب يلزم الشريك ، وفي «المبسوط» إذا ادعى رجل على أحدهما خطأ لهما إن شق مقدورات استحلفه فحلف ، ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك إذ لا خصومة له مع شريكه إذ لا يكون أحد كفيلاً عن الآخر فيما ليس في التجارة .

م: (**والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد**) ش: ففي هذه الأشياء إذا ادعى رجل على أحدهما وحلفه ليس له أن يحلف الآخر بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ببيع خادم يخدم للمدعي أن يحلف المدعى عليه على الثبات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت المرأة مع آخر عقد مفـاوضـة ثم خالعت زوجـها بمال لا يلزم ذلك على شريكها، كـذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها .

م: (**وعن النفقة**) ش: أي وكذا الصلح عن النفقة على شيء لا يلزم شريكه شيء من ذلك م: (**ولو كفل أحدهما**) ش: أي أحد المفاوضين م: (**بمال عن أجنبي لزم صاحبـه عند أبي حنيفة ، وقال : لا يلزمه**) ش: أي لأن الكفيل متبرع على صيغة اسم الفاعل وفي بعض النسخ م: (**لأنه تبـرع**) ش: بصفة المصدر أي لأن عقد الكفالة تبرع .

وكـذا في نسخة شيخي العلاء ، وقال الفقيه أبو الليث : وهذا إذا كفل بأن المكفول عنه وإن

ولهذا لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء ، لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره ،

كفل بغير إذنه ينبغي أن لا يجب شيء على صاحبه في قولهم جميعًا ، وفي «شرح الطحاوي» إن كانت الكفالة بالنفس فلا يؤاخذ به صاحبه بالإجماع .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون عقد الكفالة متبرعًا م: (**لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب**) ش: لأنهم ليسوا من أهل التبرع م: (**ولو صدر**) ش: أي التكفل أو عقد الكفالة م: (**من المريض**) ش: مرض الموت م: (**يصح من الثلث**) ش: قال الكاكي : وقيد صدور الكفالة بحالة المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة يعتبر ذلك في جميع المال بالإجماع .

م: (**وصار**) ش: أي عقد الكفالة بالمال م: (**كالإقراض**) ش: حيث لا يلزم الشريك ، وقال الكاكي : وفي الإقراض اختلاف فإنه ذكر في «الإيضاح» : لو قرض أحد المتفاوضين مالاً ، وأعطاه رجلاً وأخذ الصحة كان جائزًا عليهما ولا يضمن ثمن المال أولاً ، وفي قياس قول أبي يوسف -رحمه الله- : يضمن القرض صحة شريكه .

م: (**والكفالة بالنفس**) ش: حيث لا يؤاخذ به الآخر م: (**ولأبي حنيفة**) ش: أي عقد الكفالة م: (**أنه تبرع ابتداء**) ش: أي في ابتداء الأمر ، ألا ترى أن المريض لو كفل يعتبر من الثلث ، ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته م: (**ومعاوضة بقاء**) ش: أي في حالة البقاء ألا ترى أنه[. . .] على الأداء م: (**لأنه**) ش: هذا تعليل لكون الكفالة مفاوضة بقاء ، يعني أن الكفيل م: (**يستوجب الضمان**) ش: أي يستحقه على المكفول عنه م: (**بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره**) ش: أي بأمر المكفول عنه .

م: (**فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح**) ش: وكلامنا في البقاء لأنه يلزم شريكه بعدما لزم عليه ، وفي نسخة شيخنا العلاء لأنه مستوجب الضمان عما يؤدي على المكفول عنه .

فإذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المعاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ، وكذا قال الأكمل فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقاء إذ المطالبة متوجه بعد الكفالة لأنها حكمها، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم الأجر .

وهذه هي حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمة في الابتداء بأنه قد يضمنه أولاً ، فاعتبرنا[. . .] النزع فيه ولم يعتبره ها هنا لأن الابتداء ثمة محتاج إليه ولا كذلك ها هنا لصحة

ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع ابتداء وانتهاء، وأما الإقراض فعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لايصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة .

الابتداء ، لكن الضامن من أهل الضمان دون الصبي ممن ذكره .

قال الأكمل : ويريد به الصبي والمجنون ، وقال تاج الشريعة : يريد به المكاتب والصبي والعبد المأذون . . . انتهى .

وقال الأترازي -رحمه الله - : وقول م: (ممن ذكره) ش: أي ذكره أبو يوسف ومحمد لأن القياس أن تقول ذكراه بضمير الاثنين أو القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول ، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب . . . انتهى .

قلت: فيه نسبة المصنف إلى السهو بجنس العبارة وقوله ممن ذكره بضمير الإفراد صحيح لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» الذي يذكر فيه منسوبًا إلى محمد وإن كان أبو يوسف - رحمه الله - معه في مواضع وإفراده للضمير بهذا الاعتبار أي ممن ذكره محمد في «الجامع الصغير» فافهم .

م: (ويصح) ش: أي عقد الكفالة م: (من الثلث) ش: أي من ثلث المال م: (من المريض) ش: مرض الموت ، وقد مر بيانه م: (بخلاف الكفالة بالنفس) ش: حيث لا يلزم شريكه م: (لأنه) ش: أي لأن عقد الكفالة بالنفس م: (تبرع ابتداء وانتهاء) ش: إذ لا يستوجب الكفيل قبل المكفول عنه شيئًا .

م: (وأما الاقتراض) ش: هذا في الحقيقة جواب عن قولهما وصار كالإقراض بطريق المشبع ، بيانه أن الإقراض م: (فعن أبي حنيفة -رحمه الله -) ش: رواه الحسن م: (أنه يلزم صاحبه) ش: عند أبي حنيفة ولا نسلم أنه لا يلزمه على رواية الحسن حتى لو فرض أحد المتعاوضين جاز عليه وعلى شريكه ، ولا يضمن لشريكه شيئًا .

م: (ولو سلم) ش: جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عند أبي حنيفة م: (فهو) ش: أي الإقراض م: (إعارة) ش: لا معاوضة بدليل جوازه إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسبة في الأموال الربوية ، فإذا كان كذلك م: (فيكون لمثلها) ش: أي لمثل الإعارة م: (حكم عينها) ش: أي عين ما أقرضه م: (لا حكم البدل) ش: كما في الإعارة الحقيقية م: (حتى لا يصح فيه الأجل) ش: أي لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز ، ولكنه لا يلزمه المضي على ذلك التأجيل ، وإذا كان الأمر كذلك م: (فلا تتحقق المعاوضة) ش: في الإقراض في الأمراض .

ولو كانت بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة - رحمه الله- لأنه معاوضة انتهاء .

م: (**ولو كانت**) ش: الكفالة م: (**بغير أمره**) ش: أي بغير أمر المكفول عنه م: (**فالصحيح أنه لا يلزم صاحبه لانعدام معنى المفاوضة**) ش: وإليه ذهب الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» وتبعه المصنف حيث قال م: (**ومطلق الجواب في الكتاب**) ش: أي في «الجامع الصغير» عن قيد الكفالة بأمر المكفول عند محمد - رحمه الله - هذا المقدار .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح «الجامع الصغير» بينهما إذا كان بأمره أو بغيره إطلاق جواب كتاب «الجامع الصغير» م: (**محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة**) ش: يعني في أنه يلزم شريكه . وعند محمد - رحمه الله - ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة م: (**عند أبي حنيفة**) ش: عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك م: (**لأنه معاوضة انتهاء**) ش: لأن الغرض عند الطلب .

وقال الكاكي : يختص أبو حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده ، إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن فيهما محمداً - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - في أنه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف - رحمه الله .

وقال الأترازي - رحمه الله - وكان حق الكلام أن يقول : وضمان الغاصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك لأنه معاوضة انتهاء ، لأن الغرض عند الطلب .

وقال الكاكي - رحمه الله - : تخصيص أبي حنيفة - رحمه الله - في قوله بمنزلة الكفالة عنه إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن سيما محمد مع أبي حنيفة - رحمه الله - في أنه يلزمه شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف - رحمه الله - . وقال الأترازي : وكان حق الكلام أن يقول : وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول .

وقال الأكمل : تلميح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة - رحمه الله - بأن محمداً - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - في لزوم ضمان الغصب واستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه .

وإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة ، أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم فإن ورث أحدهما عرضاً فهو له . ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة ، فلا يشترط المساواة فيه .

م: **(وإن ورث أحدهما)** ش: أي أحد المتعاوضين م: **(مالا تصح فيه الشركة)** ش: هذه الجملة صفة لقوله مالاً ، والمال كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة م: **(أو وهب له)** ش: أي لأحد المتعاوضين م: **(ووصل)** ش: أي المال م: **(إلى يده بطلت المفاوضة وصارت)** ش: أي الشركة م: **(عنانًا لفوات المساواة)** ش: التي هي الشرط م: **(فيما يصلح رأس المال إذ هي)** ش: أي المساواة م: **(شرط فيه)** ش: أي في عقد الشركة المفاوضة م: **(ابتداء وبقاء)** ش: أي في حال الابتداء وحالة البقاء . لا قضاء مساواة الدوام .

م: **(وهذا)** ش: أي بطلان المفاوضة وصيرورتها عنانًا م: **(لأن الآخر)** ش: أي الشريك الآخر م: **(لا يشاركه)** ش: أي لا يشارك صاحبه م: **(فيما أصابه)** ش: من المال م: **(لانعدام السبب)** ش: أي سبب الشركة وهي التجارة م: **(في حقه)** ش: أي في حق الآخر م: **(إلا أنها)** ش: أي غير أن المفاوضة م: **(تنقلب عنانًا للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه)** ش: أي في العنان ابتداء ، وكل ما ليس بشرط فيه الابتداء لايشترط فيه دوامًا . م: **(ولدوامه)** ش: أي ولدوام العنان م: **(حكم الابتداء لكونه غير لازم)** ش: أي لكونه عقدًا غير لازم فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك فصار كالوكالة المفردة ، فصار كأنهما إنشاء الشركة في الحال ، ولا مساواة بينهما فيكون عنانًا .

فإن قيل: الإجارة عقد لازم حتى لا يتفرد كل واحد من المتعاقدين بالفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لإثبات مدعاه إذ العقد اللازم لدوام حكم الابتداء كما في الإجارة .

قيل: في جوابه الإجارة عقد غير لازم كما قال شريح لكون العقود عليه معه ، وما في الحال فكان بمنزلة العارية ، إلا أنه عند معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقًا للنظر من الجانبين كما في البيع والإجارة بموت أحدهما لا باعتبار كونه لازمًا باعتبار فوت المستحق ، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث م: **(وإن ورث أحدهما)** ش: أي أحد المتعاوضين م: **(عرضًا)** ش: أي متاعًا من الأمتعة م: **(فهو له)** ش: أي فالعرض له ، يعني لا يكون في الشركة .

م: **(ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار)** ش: أي وكذا لا يفسد المفاوضة ، إذا ورث أحدهما عقارًا م: **(لأنه لا تصح فيه الشركة ولا شرط المساواة فيه)** ش: أي في العنان ، والله أعلم بالصواب .

فصل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ، وقال مالك : تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود . بخلاف المضاربة، لأن القياس يأباها ، لما فيها من ربح ما لم يضمن فتقتصر على مورد الشرع .

م: (فصل)

ش : أي هذا فصل في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة ، ولما كان المبحث هنا غير المبحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال م: (**ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة**) ش: قال الكاكي في «المبسوط» : تكون المفاوضة والعنان في شركة البقل والوجوه مع عدم المال فيهما فكان قوله لا تنعقد الشركة إلا بكذا كيف يتحصل .

قلت : المراد بقوله لا تنعقد الشركة هي شركة المفاوضة لأن اللام للتعريف في الشركة فيصرف المذكور إلى السابق .

وقال صاحب «النهاية» أيضًا المراد شركة المفاوضة لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة ، ولهذا بدأ بعد هذا ببيان شركة العنان ، بقوله أما شركة العنان . بقوله بالفلوس النافقة إلى الرابحة ، لأن غير النافقة من العروض وكذا يجوز بالبر النافقة ولا خلاف في أن المشتركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض ، فقال أصحابنا أحمد والشافعي في وجه لا يجوز وقال في وجه إن كانت العروض مثليًا يجوز إذ المثلي نسبة المفقود ، ويرجع عند المعاوضة بمثلها .

م: (**وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضًا إذا كان الجنس واحداً لأنها**) ش: أي لأن الشركة م: (**عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود**) ش: واشتراط اتحاد الجنس بناء على أن الخلط شرط عنده ، وقال الأكمل - رحمه الله - : في ذلك خلاف مالك نظر لما تقدم من قوله ، وقال مالك لا أعرف ، والمفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان أو يكون تعريفًا على قول من يقول لها كما نقل عن أبي حنيفة في الزراعة . . انتهى .

قلت : نقل هذا عن مالك غير صحيح ، وإنما هذا منقول عن الشافعي ، وعند مالك يجوز لما نقله المصنف ، وعن أحمد في رواية تجوز الشركة والمضاربة بالعروض، وبه قال الأوزاعي وطاووس وحماد بن أبي سليمان وابن أبي ليلى م: (**بخلاف المضاربة**) ش: من تتمة قول مالك يعني المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير .

م: (**لأن القياس يأباها**) ش: أن يمنع جوازها م: (**لما فيها من ربح ما لم يضمن**) ش: لأن المال ليس بمضمون على المضاربة بل هو أمانة في يده ، فكان ما حصل من الربح ربح بمال غير مضمون ، يستحق رب المال ، لأنه لم يعمل في ذلك الربح ، فلا يصح م: (**فيقتصر على مورد الشرع**)

ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لـم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس مالـه وتفاضل الثمنان فما يستحقـه أحدهما من الزيادة فـي مال صاحـبه ربح مالـم يملك وما لم يضمن بـخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمتـه ، إذ هي لا تتعين ، فكان ربح ما ضمن ، ولأن أول التصرف في العـروض البيع وفي النقـود الشراء وبيع أحـدهما مـاله على أن يكون الآخر شـريكاً في ثمنه لايجوز ، وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائزاً

ش: وهي الدراهم والدنانير .

وأما في الشركة فإن كان واحداً من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل واحد منهما في مال لنفسه يعتبر شركة يصح .

م: (**ولنـا أنه**) ش: أي عقد الشركة بالعروض م: (**يؤدي إلى ربح مـا لم يضـمن**) ش: وأنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وأوضح فيما يروى أن ربح ما لم يضمن لا يجوز بقوله م: (**لأنه إذا باع كل واحد منهما**) ش: أي من الشريكين من العروض م: (**رأس ماله وتفاضل الثمنان**) ش: بأن باع أحدهما عرضه بأضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح م: (**فما يستحـقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبـه ربح ما لم يضمن**) ش: وما لم يملك وذلك لا يجوز م: (**بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن ما يشتريه**) ش: كل واحد منهما برأس المال يتعلق الشراء برأس المال بعينه .

وإنما يتعلق بمثله دينًا م: (**في ذمته إذ هي**) ش: أي الأثمان م: (**لا تتعين**) ش: والتغيير م: (**فكان ربح ما يضمن**) ش: لتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة .

م: (**ولأن أول التصرف**) ش: دليل آخر ، أي أول التصرف في الشركة م: (**في العروض البيع**) ش: أنه بيع العروض م: (**وفي النقود**) ش: أي وفي الشركة في الدراهم والدنانير م: (**الشراء**) ش: وهو ظاهر م: (**وبيع أحدهما**) ش: أي أحد الشريكين .

م: (**مـاله على أن يـكون الآخـر شـريكًا في ثمـنه لا يجـوز**) ش: لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة لا يصح في العروض ، فإنه لو قال لغيره بع عرضك على أن ثمنه بيننا لا يصح .

م: (**وشراء أحدهما شيئًا بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائزًا**) ش: ألا ترى أن من قـال اشتر بألف من مالك على أن ما تربح مشترك بيننا فالشركة جائزة وقدر صاحب «النهاية» هذا الدليل الثاني على وجه يؤول إلى ربح ما لم يضمن ، وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة ملك الصفة لا تجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع أن يكون أمينًا .

فإذا شرط له جزءًا من الربح ما لم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو من [. . .] في ذمته ،

وأما الفلوس النافقة تروج رواج الأثمان فألحقت بها . قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف

فإذا شرط له جزءاً من الربح كان هذا ربح ما قد ضمن .

م: (**وأما الفلوس النافقة**) ش: فلأنها م: (**تروج رواج الأثمان**) ش: أي كرواج الأثمان م: (**فالتحقت بها**) ش: أي بالأثمان م: (**قالوا**) ش: أي قال المتأخرون م: (**هذا**) ش: أي هذا الذي ذكره القدوري - رحمه الله - من جواز الشركة بالفلوس النافقة وهو م: (**قول محمد - رحمه الله -**) ش: كذا فسره الأترازي - رحمه الله - لأن ماله الفلوس التي ذكرها في أول الفصل ذكرها القدوري - رحمه الله - في مختصره وغيره . قال : قوله هذا أي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد - رحمه الله - م: (**لأنها**) ش: أي لأن الفلوس النافقة م: (**ملحقة بالنقود عنده**) ش: أي عند محمد - رحمه الله - م: (**حتى لا يتعين بالتعيين**) ش: كالدراهم والدنانير .

م: (**ولا يجوز بيع اثنين بواحد**) ش: أي بيع فلسين بفلس واحد م: (**بأعيانها على ما عرف**) ش: في نوع ، وإنما قيد بأعيانها لتظهر ثمرة الاختلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب .

أما عندهما فله وجه النسبة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد - رحمه الله - فلهذا أو لمعنى الثمن ، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد - رحمه الله - لا يجوز .

ولم يذكر القدوري - رحمه الله - في الفلوس النافقة خلافًا ، وإنما ألحقها بالدراهم والدنانير ، ولم يذكر الخلاف فيها ، وكذلك حكم الشبهة لم يذكر الخلاف فيها .

وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره»: والأموال التي يصح بها عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعًا ثم قال : وقال أبو يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - يصح بالفلوس أيضًا.

وفي «الشامل» تجوز الشركة بالفلوس لأنها لا تتغير في العقد ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - لا تصح وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه بيع مكادة وثمن أخرى .

وقال الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» - رحمه الله - ولو كان رأس مال أحدهما لم تجز الشركة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - لأن الفلوس إنما صارت ثمنًا باصطلاح الناس وليس بثمن في الأصل ، وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول .

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- لا تجوز الشركة والمضاربة بهـا ، لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ، ويروى عن أبي يوسف -رحـمه الله- مثل قول محمد -رحمه الله- والأول أقيس وأظهر ، وعن أبي حنيـفة -رحـمـه الله- صحـة المضاربة بهـا . قال : ولا تجوز الشـركة بما سـوى ذلك إلا أن تعامل الناس بالتبـر والنقرة فـتصح الشـركة بهـما هكذا ذكـر في الكتاب. وفي «الجـامع الصغير» ولا تكون المعـاوضة بمثاقيل ذهـب أو فـضة ، ومراده التبـر . فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين ، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات .

م: (**أما عند أبي حنيفـة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا تجوز الشـركة ولا المضاربة بها**) ش: أي بالفلـوس م: (**لأن ثمنهـا يتبـدل ساعـة فسـاعة وتصـير سلعـة**) ش: فـلا تجوز الشـركة ولا المضـاربة بالسلعة .

م: (**ويروى عن أبي يوسف - رحمه الـله - مثل قول محمـد - رحمه الله -**) ش: يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد ، وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً م: (**والأول**) ش: أي كون أبي يوسف - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - .

م: (**أقيس**) ش: أي أشبه م: (**وأظهر**) ش: لأن أبا يوسف - رحـمه الله - جوز بيع الفلسين بفلس واحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة - رحمه الله - .

وجعل الفلوس كالمعروض ، فلما كان مذهبه في مسألة البيع مذهب أبي حنيفة كان مذهبه أيضًا في مسألة الشركة ، لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة .

م: (**وعن أبي حنيفـة - رحمه الله -**) ش: أي روي عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه م: (**صحة المضاربة بها**) ش: أي بالفلوس النافقة م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - :

م: (**ولا تجوز الـشركة بما سـوى ذلك**) ش: أي سوى المذكـور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة م: (**إلا أن تعامل الناس بالتبر**) ش: بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ .

م: (**والنقرة**) ش: بضم النون وهي القطعة المذابة من الفضة والذهب م: (**فتصح الشركة بهما**) ش: أي بالتبر والنقرة م: (**هكذا ذكره في الكتاب**) ش: أي في «مختصر القدوري» - رحمه الله - م: (**وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر**) ش: أي مراد محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» من قوله قبل ذهب أو فضة التبر .

م: (**فعلى هذه الرواية**) ش: أي رواية «الجامع الصغير» م: (**التبر سلعة تتعين بالتعيين ، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات**) ش: لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن .

وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم . فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل ، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال ، ثم قوله : ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ، ولكل واحد منهما ربح متاعه ، وعليه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف -رحمه الله- والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعن محمد-رحمه الله- تصح شركة العقد . وثمرة

م: (وذكر في كتاب الصرف) ش: من «الجامع الصغير» م: (أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما) ش: أي في المضاربات والشركات .

م: (وهذا) ش: إشارة إلى أن النقرة لا تتعين بالتعيين م: (لما عرف أنهما) ش: أن الذهب والفضة م: (خلقا ثمنين في الأصل) ش: يعني رواية «الجامع الصغير» لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنين مختصين بالضرب المخصوص . لأن عند ذلك أي عند الضرب المخصوص لا يصرف أي شيء آخر ظاهرًا .

م: (إلا) ش: أن يجري التعامل . هذا استثناء من قوله م: (أن الأول أصح لأنها وإن خلقت التجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهرًا إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمنًا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنًا ويصلح رأس المال) ش: يعني أن الأول وهي رواية «الجامع الصغير» وهي أن النقرة لا تصلح إلا إذا جرى التعامل باستعمالها ثمنًا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنًا ويصلح رأس المال .

م: (ثم قوله) ش: أي ثم قال القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م: (ولا يجوز بما سوى ذلك) ش: أي لا يجوز عقد الشركة بما سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة م: (يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا) ش: أي لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون . والعددي المتقارب م: (قبل الخلط) ش: فيما بيننا ، أي باتفاق أصحابنا .

م: (ولكل واحد فيهما ربح متاعه وعليه وضيعته) ش: أي خسته وفي «المختلف» فإن خلطا ثبت بينهما شركة ملك ، فإذا باعا فالربح والوضيعة على قدر مالها كسائر الأعيان .

م: (وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف - رحمه الله - والشركة شركة ملك لا شركة عقد) ش: أي لا شركة عقد م: (وعند محمد - رحمه الله - تصح شركة العقد ، وثمرة

الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين ، واشتراط التفاضل فيالربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف -رحمه الله- لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد -رحمه الله- : أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة وبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق، والفرق لمحمد -رحمه الله-

---

الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين . واشتراط التفاضل في الربح) ش: عند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه ، وعند محمد - رحمه الله - الربح بينهما على ما شرط .

م: **(وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف - رحمه الله - لأنه)** ش: أي كل من المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب م: **(يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله)** ش: وشرط جواز الشركة أي لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن وما يصلح فيكون رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالتعوذ .

فكذا ما لا يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه لأن قبل الخلط إنما لا يجوز شرط العقد بها لأنها متعينة ،وأول التصرف فيها بيع فيؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد ، وتقديراً بالخلط لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين ، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معينًا فيقرر المعنى المقر فلا يكون مصححًا للعقد .

م: **(ولمحمد - رحمه الله - أنها)** ش: أي أن المكيل والموزون والعددي المتقارب م: **(ثمن من وجه حتى جاز البيع بها)** ش: حال كونها م: **(دينًا في الذمة)** ش: إذ هو من أحكام الثمن م: **(وبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين)** ش: أي سبب العرض والثمن .

م: **(بالإضافة إلى الحالين)** ش: أي حالة الخلط وحالة عدمه فأشبها بالعروض لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط .

وهذا لأنه باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها ، وهو الخلط يثبت شركة الملك لا محالة فتناول به شركة العقد لا محالة والعكس يتضمن ربح ما لم يضمن م: **(بخلاف العروض لأنها ليست ثمنًا بحال)** ش: معين ليست بها جهة الثمنية ، فلم تجز الشركة بها بعد الخلط أيضًا .

م: **(ولو اختلفا)** ش: أي لو اختلف المالان م: **(جنسًا)** ش: أي من حيث الجنسية م: **(كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا)** ش: على صيغة المجهول م: **(لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق)** ش: فإذا كان كذلك يحتاج محمد -رحمه الله- إلى الفرق أشار إليه بقوله م: **(والفرق لمحمد - رحمه الله-)**

أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم . فتمكن الجهالة كما في العروض ، وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قدبيناه في كتاب القضاء .

ش: إنما احتاج إلى الفرق لأنه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها إذا عقدا عقد الشركة بعد الخلط في جنسين ، وبيان الفرق هو قوله م: (**أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال**) ش: حتى إن من أتلفه يضمن مثله م: (**ومن جنسين من ذوات القيم**) ش: حتى إن من أتلفه ضمن قيمته فيمكن الجهالة لأنه لا يمكن وصول كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد .

فإن كل واحد منهما يمكنه أن يصل إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة باعتبار الملك . انعقدت الشركة م: (**فتمكن الجهالة كما في العروض**) .

ش: قال تاج الشريعة : قوله من ذوات القيم لهذا يجب مبلغه القيمة ، فكان المخلوط بمنزلة العروض ، ذكره أبو الفضل م: (**وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء**) ش: أي إذا لم تصح شركة العقد يعني إذا عقداها بعد الخلط في جنس ، أما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ، ومعنى قوله فحكم الخلط يعني أن الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بغير نفسه والحل بفتح فيقطع حق المالك إلى الضمان ، وكذا إذا خلط المودع الحل الوديعة زيت نفسه ، والحل بفتح الحاء المهملة ، دهن السمسم .

وقال الأترازي - رحمه الله - قوله قد بيناه في كتاب «القضاء» فيه نظر ، لأن صاحب «الهداية» لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وإنما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضاء في «شرح الجامع الصغير» والله أعلم بصحة ما قال ، إلا إذا قيل إنه بينه في «كفاية المنتهي» فله وجه إن صح ذلك .

قال الكاكي قوله في كتاب القضاء أراد القضاء في «الجامع الصغير» ، وقال الأكمل - رحمه الله - : كذلك أي كتاب القضاء الجامع ، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء «الجامع الصغير» قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال بينه ، وقال تاج الشريعة قوله في كتاب القضاء أورد المصنف - رحمه الله - هذه المسألة في كتاب الوديعة . . . انتهى.

قلت : قد رأيت أن أحداً من هؤلاء لم ينف القليل ولم يرو القليل .

قلت : إن كان مراده في كتاب القضاء الذي ذكره في «كفاية المنتهي» على ما قيل لا يرد عليه شيء ، وإن كان مراده كتاب القضاء الجامع على ما نص عليه أكثر الشراح فيحمل على أنه بينه هناك بكتابة شيء من الحواشي وتقديره بينا في قدريته .

قال : وإذا أرادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة . قال : وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - في مختصره م: (**فإذا أرادا الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة**) ش: هذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض توسعة على الناس ، وقوله باع كل واحد منهما إلى آخره ، صورة هذه الشركة إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال واحد منهما مضمونًا على الآخر بالثمن ، فيكون الربح الحاصل ربح ماله مضمون ، فيكون العقد صحيحًا .

م: (قال) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (**وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة**) ش: وفي الكاكي هذا مشكل لأن ذلك يحصل بمجرد البيع فلا يحتاج إلى قوله ثم عقد الشركة إلا أن يقال أراد بقوله عقد الشركة أي شركة ملك وفيه بعد .

وقال الأترازي : ظاهر كلام القدوري - رحمه الله - أن هذا شركة العقد لا شركة الملك لأنه قال ثم عقد الشركة .

وقال صاحب« النهاية» وهذه شركة ملك ، وهذا عجيب منه وبعيد وقوله عن مثله قضاء تحقيقًا ، وملخص النص ما ذكره في «المبسوط »ولو كان لأحدهما عروض وللآخر درهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة أو معاوضة جاز والحق العنان والمعاوضة في هذه الشركة وهما من شركة العقود .

لأنه شركة الملك وملخص التحقيق أن العروض إنما لا تصلح الرأس مال الشركة قبل البيع لأنه يقتضي ربح ما لا يضمن بخلاف ما إذا كان بعد البيع على الوجه المذكور الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه .

وقال الكاكي - رحمه الله - قال شيخي العلامة عدم جواز الشركة بالعروض كناية عن معنيين أحدهما : ربح مال يضمن كما بينا .

والثاني حرما له رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض عن الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري - رحمه الله - وروي يجوز ، واختاره شيخي الإسلام وصاحب «الذخيرة» وصاحب «شرح الطحاوي» والمزني من أصحاب الشافعي لأن رأس المال صار معلومًا، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونًا على صاحبه بالثمن ، فكان الربح الحاصل في ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز .

ثم قال الكاكي ثم المصنف - رحمه الله - اختار عدم الجواز وعدم ما ذكره القدوري - رحمه الله - وروي ما علله وقال وهو نظير ما ذكره القدوري - رحمه الله- ويستحب للمتأخر

وتأويله إذا كانت قيمة متاعهما على السواء ، ولو كانت بينهما تفاوت بيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة . قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشرك في عموم التجارات . ولا يذكرن الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ،

أن ينوي الطهارة ثم عدم المصنف بقوله فالنية والوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة . . انتهى .

قلت : قد طول الشراح هنا كلامهم ، والأحسن أن يقال إن صاحب القدوري - رحمه الله- اختار ما ذكره واختار صاحب« الهداية» ما ذكره وليس فيه اعتراض لأحدهما على الآخر ولا لغيرهما اعتراض عليهما فافهم .

م: (**وتأويله**) ش: أي تأويل ما قاله القدوري - رحمه الله - في «مختصره» من بيع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر م: (**إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء . ولو كانت بينهما**) ش: أي بين متاعيهما م: (**تفاوت بيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة**) ش: مثل أن تكون قيمة عرض أحدهما أربع مائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض آخر ، فيكون الربح الحاصل في المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب ويصير المتاع كله أخماسًا ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م: (**وأما شركة العنان**) ش: وهذا عطف على قوله فأما شركة المفاوضة في أوائل الكتاب م: (**فتنعقد على الوكالة دون الكفالة**) ش: ويجيء بيانه عن قريب .

م: (**وهي**) ش: أي شركة العنان أي صورتها م: (**أن يشترك اثنان في نوع بز**) ش: بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، قال ابن دريد البز متاع البيت من الثياب خاصة ، وعن الليث ضرب من الثياب ومنه البز متاع جاريته إذا جوزها من الثياب .

وعن ابن الرنسباري رجل حبس البز أي الثياب ، وعن الجوهري وهو من الثياب ، وقال في« السير الكبير» عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز ، ويقال البزاز لبائعه والبز حرفته والبز بكسر الباء كقولهم رجل حسن البزة .

م: (**أو طعام**) ش: أي أو اشتركا في طعام أي حنطة م: (**أو يشترك في عموم التجارات**) ش: عطف على قوله أن يشترك م: (**ولا يذكرن الكفالة**) ش: أي في العقد م: (**وانعقاده**) ش: أي انعقاد عقد شركة العنان م: (**على الوكالة لتحقق مقصوده**) ش: أي لتحقق المقصود من العقد وهو التصرف في مال الغير فلا يكون ذلك إلا بالوكالة عند عدم الوكالة م: (**كما بيناه**) ش: أي فيما مضى في

ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنَّ له أي عرض وهذا لا ينبىء عن الكفالة ، وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ .ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ، وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح ، وقال زفر - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - :لا يجوز

أول الكتاب من قوله وشرطه أن يكون التصرف المقصود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركًا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب له .

م: (**ولا ينعقد على الكفالة**) ش: أي لا تنعقد شركة العنان على الكفالة بأن لا يكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر م: (**لأن اللفظ**) ش: أي لفظ العنان م: (**مشتق من الأعراض**) ش: أراد بالاشتقاق من جهة المعنى لا من جهة اللفظ ، لأن لفظ العنان غير مشتق يجب الاصطلاح من الأعراض بل من حيث المعنى .

ولهذا قال م: (**يقال عنَّ له أي عرض**) ش: يقال كذا أي عرض قال امرؤ القيس :

فعنَّ لنا سرب كأن نعاجه

معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش . وقال ابن المكسر كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه ، وقال بعض أهل اللغة هذا شيء أخذ به أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب ، وليس كذلك بما ذكرنا من شعر امرئ القيس .

وقيل هذا مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه النسائي والأصمعي إذ كل منهما جعلا عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه ، أو لأنه يجوز أن مقارنًا في المال والربح ، كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والادخار ، كذا في المبسوط و«الإيضاح » .

م: (**وهذا**) ش: أي معنى العنان م: (**لا ينبئ عن الكفالة**) ش: أي لا يفهم منه معنى الكفالة فلا ينعقد عليها م: (**وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ**) ش: أى حكم التصرف في اللفظ لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ ، فلفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا يتضمنها م: (**ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه**) ش: لأنه لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل وهو معنى قوله م: (**وليس من قضية اللفظ المساواة**) ش: أي ليس من مقتضى لفظ العنان المساواة مثل المفاوضة .

م: (**ويصح أن يتساويا**) ش: أي الشريكان شركة العنان م: (**في المال ويتفاضلا في الربح**) ش: وبه قال أحمد م: (**وقال زفر والشافعي :لا يجوز**) ش: وبه قال مالك .

وفي «فتاوى قاضي خان» لو شرط المساواة في الربح أو شرطا لأحدهما فضل ربح أي شرطا العمل عليها كان الربح بينهما على ما شرطا عملاً جميعًا أو عمل أحدهما وإن شرطا العمل على أقليهما ربحاً لا يجوز في «الذخيرة » .

لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل لهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله -عليه السلام- الربح ما على شرطا والوضيعة على قدر المالين ، ولم يفصل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة . وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل

والأصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير ، وإذا شرطا في هذه الشركة العمل وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة .

م: (**لأن التفاضل فيه**) ش: أي في الربح م: (**يؤدي إلى ربح ما لم يضمن**) ش: وهو لا يجوز م: (**فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثًا**) ش: أي وكان الربح أثلاثًا م: (**فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال**) ش: ولهذا يصح الشرط معه على هذا الوجه م: (**ولأن عقد الشركة عندهما**) ش: أي عند زفر والشافعي م: (**في الربح للشركة في الأصل يشترطان الخلط**) ش: في المالين حتى لو لم يخلطا رأس مالهما لا تثبت الشركة عندهما م: (**فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ، ولنا قوله -عليه السلام-**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين**) ش: هذا غريب جداً وليس له أصل ، ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي - رضي الله عنه - .

وعن هذا قال الأترازي : ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي - رضي الله عنه - أنه قال الربح على ما اشترط العاقدان والوضيعة على قدر المال ، وكذا قال أكثر الشراح م: (**ولم يفصل**) ش: يعني بين التساوي والتفاضل ، وفي بعض النسخ من غير فصل م: (**ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة**) ش: أي كما يستحق بالعمل في المضاربة .

فإن قيل : في المضاربة لو شرطا العمل على رب المال تفسد العقود وها هنا لا يفسد ، فكيف جواز إلحاقه بالمضاربة ؟

قلنا : المضاربة أمانة ، وتمام الأمانة تقف على التخلية فإذا شرط على رب المال لم توجد التخلية ، أما ها هنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر فشرطه على رب المال لا يبطل العقد ، فإن من استأجر أجيرًا لنفسه على العمل جاز . . كذا في «الإيضاح» .

م: (**وقد يكون أحدهما**) ش: أي أحد شريكي العنان م: (**أحذق**) ش: بالحاء المهملة والذال المعجمة أي أنفس في أسماء المالية م: (**وأهدى**) ش: إلى طريق الصواب في تصرفاته م: (**وأكثر عملاً وأقوى**) ش: في عمله من صاحبه م: (**فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل**) ش:

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة ، وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة . حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما

فيجوز كذلك م: (**بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما**) ش: هذا جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل .

والجامع القول بالربح عن العيط على قدر المال ، وتقدير الجواب هو قوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن اشتراط الربح أحدهما م: (**يخرج العقد به**) ش: أي باشتراط الربح لأحدهما م: (**من الشركة**) ش: لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركًا .

م: (**ومن المضاربة أيضًا**) ش: أي ويخرج باشتراط جميع الربح لأحدهما من عقد المضاربة أيضًا م: (**إلى قرض**) ش: يتعلق بقوله يخرج العقد به أراد أن اشتراط الربح أحدهما إن كان للعامل فيكون قرضاً ، وهو معنى قوله إلى قرض م: (**باشتراطه**) ش: أي باشتراط الربح م: (**للعامل أو إلى بضاعة**) ش: أي أو يخرج العقد باشتراط الربح لأحدهما إلى بضاعة يعني يصير بضاعة إن كان هو رب المال .

وهو معنى قوله إلى بضاعة م: (**باشتراطه لرب المال**) ش: ويخرج عن كونه شرطة لأنه إما أن يكون قرضاً وإما أن يكون بضاعة .

م: (**وهذا العقد يشبه المضاربة**) ش: هذا جواب لقول زفر والشافعي - رحمهما الله - إن التفاضل في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه أن هذا العقد أي شركة العنان تشبه المضاربة م: (**من حيث إنه يعمل في مال الشريك**) ش: لأنه يحل لواحد منهما [أن] يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال .

م: (**ويشبه الشركة**) ش: أي شركة المفاوضة م: (**اسمًا**) ش: أي من حيث الاسم، لأن كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة م: (**وعملاً**) ش: أي من حيث العمل م: (**فإنهما يعملان**) ش: لأن شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوضة فصار لهما شبهان شبه بالمضاربة وشبه بالشركة المفاوضة م: (**فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة**) ش: أي عملها يشبه شركة المفاوضة .

م: (**حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما**) ش: أي على الشريكين م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» م: (**ويجوز أن يعقدها**) ش: أي أن يعقد شركة العنان م: (**كل واحد منهما**) ش: أي

ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس يشترط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه ، ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه ، ويجوز أن يشتركا ، من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم . وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود . وقال زفر والشافعي - رحمهما الله- :لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإنه عندهما شرط ، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ،

من الشريكين م: (ببعض ماله دون البعض) ش: بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه م: (لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه) ش: أي في العنان م: (إذ اللفظ) ش: أي لفظ العنان م: (لا يقتضيه) ش: أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة . م: (ولا يصح) ش: أي شركة العنان م: (إلا بما بينا) ش: عند قوله ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ، ولا تصح بالعروض م: (أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه) ش: يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن م: (ويجوز أن يشتركا، من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم) ش: لفظ القدوري .

وقال المصنف م: (وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر دراهم سود) ش: وفي «الأسرار» وكذا الصحاح والكبيرة م: (وقال زفر والشافعي - رحمهما الله - :لا يجوز وهذا بناء) ش: أي هذا الخلاف مبني م: (على اشتراط الخلط وعدمه فإنه عندهما) ش: أي عند زفر والشافعي - رحمهما الله- الخلط م: (شرط ، ولا يتحقق ذلك) ش: أي الخلط م: (في مختلفي الجنس) ش: لأن الدراهم والدنانير مالان لا يختلطان م: (وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى) ش: أي سنبين أشياء الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي - رحمهما الله - وعدم اشتراطه عندنا عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وما اشتراه كل واحد منهما) ش: أي من الشريكين العنان م: (للشركة) ش: أي لأجل الشركة م: (طولب) ش: أي الذي اشتراه م: (بثمنه) ش: أي بثمن الذي اشتراه م: (دون الآخر) ش: أي الشريك الآخر ، أي لا يطالب به م: (لما بينا) ش: فيما مضى م: (أنه) ش: أي إن العنان م: (يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق) ش: يعني هو الطالب فيها . م: (قال) ش: أي القدوري . م: (ثم يرجع) ش: أي الذي اشتراه م: (على شريكه بحصته منه) ش: أي من الثمن م: (معناه) ش: أي معنى كلام القدوري م: (إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته) ش: أي في حصة صاحبه م: (فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه) ش: أي

فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ، وهو منكر . والقول للمنكر مع يمينه . قال وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين ، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف ،

على شريكه م: (**فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله**) ش: يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله م: (**فعليه الحجة**) ش: أي فعليه إقامة البينة ، م: (**لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ، وهو منكر**) ش: أي والآخر منكر م: (**والقول للمنكر مع يمينه**) ش: بالنص .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» م: (**وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين**) ش: أي أو هلك أحد المالين م: (**قبل أن يشتريا شيئًا بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال**) ش: أي المعقود عليه هو المال فإذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع م: (**فإنه**) ش: أي فإن المال م: (**يتعين فيه**) ش: أي في عقد الشركة ، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافًا لزفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**كما يتعين**) ش: أي المال م: (**في الهبة والوصية**) ش: والوديعة أيضًا .

م: (**وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع**) ش: أي كما يبطل في البيع لأن الركن فيه هو المالم: (**بخلاف المضاربة والوكالة المفردة**) ش: احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن ، لأن المعقود يتعين فيهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن الثمنين م: (**لا يتعين الثمنان**) ش: أراد بهما الدراهم والدنانير م: (**فيهما**) ش: أي المضاربة والوكالة المفردة م: (**بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف**) ش: في موضعه ، والوكالة المفردة ، فمن وكل رجلاً بشراء عبد دفع إليه دراهم فهلك فإنها لا تبطل .

وقال الأترازي - رحمه الله - فيه نظر لأن المعقود يتعين في المضاربة والشركة جميعًا قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه ، وفي الزيادات بخلاف الوكالة فإن النقود فيها لا تتعين قبل التسليم . أما بعد التسليم ففي نفسها اختلاف المشايخ فقال بعضهم تتعين فيها النقود ، وقال بعضهم لا تتعين . وقال شيخي العلاء : الذي ذكره في الزيادات من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي وهو أن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة ، وهذا يرد نظر الأترازي .

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته أيهما هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر ، لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة ،لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين . وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا ، لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ، ثم الشركة شركة عقد عند محمد -رحمه الله- خلافاً للحسن بن زياد حتى إن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشترى ، فلاتنتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه

م: (**وهذا ظاهر**) ش: أي بطلان الشركة ظاهر م: (**فيما إذا هلك المالان**) ش: لفوات المعقود عليه م: (**كذا إذا هلك أحدهما**) ش: أي أحد المالين .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشريك الذي لم يهلك ماله م: (**ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضيًا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته**) ش: أي فائدة العقد . م: (**وأيهما**) ش: أي المالين م: (**هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر**) ش: وإن هلك في يد صاحبه فكذلك ، وهو معنى قوله :م: (**وكذا إذا كان**) ش: أي الهالك م: (**هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده**) ش: ولا ضمان على الأمين م: (**بخلاف ما بعد الخلط**) ش: أي بخلاف ما إذا كان هلاك المال ما بعد الخلط م: (**حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين**) .

ش: وفي بعض النسخ : فيجعل الهلاك من المالين أي يجعل الهلاك هلاكًا من المالين م: (**وإن اشترى أحدهما**) ش: أى أحد الشريكين م: (**بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لأن الملك حين وقع مشتركًا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم**) ش: أي حكم الملك م: (**بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد - رحمه الله - خلافًا للحسن بن زياد - رحمه الله -**) ش: فإن عنده شركة ملك وفائدة هذا الخلاف تظهر في قوله م: (**حتى إن أيهما باع جاز بيعه**) ش: عند محمد - رحمه الله .

ولا يجوز عند الحسن أن يتصرف في نصيب الآخر لأنه شركة ملك ، وعند محمد - رحمه الله - شركة عقد م: (**لأن الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها**) ش: فجاز تصرف كل منهما في نصيب الآخر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه**) ش: أي بحصة الشريك

لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مـال نفسه وقد بيناه هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مـال الآخر ، أمـا إذا هلك مال أحـدهمـا ثم اشتـرى الآخر بمال الآخـر إن صرحـا بالوكالة في عقدالـشركة، فالمشترى مشـترك بينهما على ما شرطا لأن الشركـة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمـة ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة وتكون شركة ملك ويرجع على شـريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالـة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لأن الوقـوع على الشركة حكم الوكالة التي تضـمنتها الشركة حـتى إذا بطلت يبطل ما في ضمنهـا بخلاف ما إذا صرح بالوكـالة لأنها مقـصودة . قال وتجوز الشـركة وإن لم يخلطا المال ، وقال زفر والشافعي-رحمه الله- :لا تجوز لأن الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل وإنه

ثمن المشتري ، وذلك م: (لأنه اشترى نصفه) ش: وهو حصة الشريك م: (بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه) ش: والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا هنا .

م: (وقد بيناه) ش: أي عند قوله إذا أدى من مال نفسه م: (هذا) ش: أي هذا الذي قلنا فيها .

م: (إذا اشتـرى أحدهمـا بأحد المالين أولاً ثم هلـك المال الآخر) ش: بالرفع صفة للمـال ، وفي بعض النسخ في مال الآخر أي الشريك الآخر م: (أما إذا هلك مال أحدهما) ش: أي أحد المالين م: (ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا، لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قـائمة فكان مشتركًا بحكم الوكالة) ش: المقصودة لا بحكم عقد الشركة م: (وتكون شركة ملك) ش: لا فلوس يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، لأن الملك بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشترى بدون إذن الوكيل فكذا هذا .

م: (ويرجع على شريكه بحصـته من الثمن لما بيناه) ش: إشارة إلى قـوله لأنه وكيل من جهته م: (وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها) ش: أي في الشركة م: (كان المشترى للذي اشتراه خاصة ، لأن الوقوع على الشـركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة ، فـإذا بطلت يبطل ما في ضمنها) ش: أي فإذا بطلت الشـركة بطلت الوكـالة البـائعة في عـقـد الشـركة أيضًـا م: (بخلاف مـا إذا صرح بالوكالة لأنـها مقـصودة) ش: أي لأن الوكـالة مقـصـودة ، فيكون المشـترى بينهـمـا بحكم الوكـالة المقصودة .

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) ش: وبه قال أحمد ومالك – رحـمهـمـا الله – إلا أن مالكًا شرط أن تكون أيديهـمـا عليه بأن يجعل في حـانوت لهما أو في يد وكيل لها م: (وقال زفر والشافعي – رحمهما الله – لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل) ش: الذي هو المال م: (وإنه) ش: أي وإن الشركة على

بالخلط ، وهذا لأن المحل هو المال ، ولهـذا يضاف إليه ويشـترط تعين رأس المال بخـلاف المضاربة لأنها ليست بشركـة وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عـمله ، أما هنا بخلافه ، وهذا أصل كبـير لهما حـتى يعتبر اتحـاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التـفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال . ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة . فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ،

تأويل الاشتراك إنما يكون م: (**بالخلط**) ش: لأن الشركة عبارة عن الاختلاط .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله لأن الربح على المال يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال م: (**لأن المحل**) ش: أي محلاً للشركة م: (**هو المال ، ولهذا يضاف إليه**) ش: يقال عقد شركة المال م: (**ويشترط تعـيين رأس المال**) ش: فتكون الشركة في الثمرة مسندة إلى المال م: (**بخلاف المضاربة**) ش: فإنها تصح بدون الخلط م: (**لأنها ليست بـشركة وإنما هو**) ش: أي المضارب م: (**يعمل لرب المال فـيستحق الربح على عمـالة عمله ، أما هنا بخـلافه**) ش: بالإضـافة قال الأترازي - رحـمه الله- : نصب بنزع الخافض أي من عـمالة عـمله وهي أجرة العـمل ، وفي نسخة شيـخي العلاء عـمالة على عـمله ، وفسر العمـالة بالجهـالة ، وكون العمـالة منصوبًا بنزع الخـافض، ليس له وجه على ما لا يخفى لا وجه أن يكون منصوبًا على التعليل أي لأجل عمالة على عمله .

م: (**وهذا أصل كـبيـر**) ش: إشـارة إلى قـوله لأن الربح فـرع المال م: (**لهـمـا**) ش: أي لزفـر والشافعي - رحمهما الله - ، ثم أوضح كون هذا أصلاً كبيرًا عندهما - رحمهمـا الله - بقوله م: (**حتى يعـتبـر اتحاد الجنس**) ش: يعني بنـاء على أصلهـمـا ذلك ، فإنه إذا كـان رأس مـال أحدهمـا دراهـم، والآخـر دنانير فإنه تنعقد الشركة بينهـمـا صحيـحة عندنا ، خـلافًا لزفر والشـافعي - رحمهما الله - م: (**ويشـترط الخلط**) ش: عندهما م: (**ولا يجوز التـفاضل في الربح مع التـساوي في المال**) ش: هذا أيضًا على أصلهما م: (**ولا تجوز شركة التقبـل والأعمال لانعدام المال**) ش: هذا أيضًا على أصلهما م: (**ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال**) ش: وكل ما هو مسند إليه هو الأصل .

م: (**لأن العقد يسمى شركة**) ش: لا المال م: (**فلابد من تحقق معنى هذا الاسم فيه**) ش: أي اسم الشركة في العقد إذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح م: (**فلم يكن الخلط شرطًا**) ش: لأن الشركة حصلت في الأصل وهو العقد بلا خلط ، وحصلت في الفرع وهو الربح الذي استعيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطًا ولا الخلط ولا التساوي في الربح على ما يجيء .

ولأن الدراهم والدنانير لايتعينان ، فلا يستفاد الربح برأس المال ، وإنما يستفاد بالتصرف ، لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل ، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه ، وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح ، وتصح شركة التقبل . قال ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة ،

م: (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان) ش: هذا دليل ثان هو كالشرح للدليل الأول ، ومعنى لا يتعينان في الشراء لا في الشركة ، أي لا يتعينان في حق الاستحقاق إذا وجد الشراء بهما ، فإذا لم يتعينا م: (فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد في التصرف لأنه) ش: أي لأن كل واحد من الشريكين م: (في النصف أصيل ، وفي النصف وكيل) ش: لأن موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكلاً للآخر في نصيبه فيصرف كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الأصالة ، وفي بعضه بطريق الوكالة . وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحال إلى العقد ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة فكان الربح مستنداً إلى العقد بهذا الطريق لا إلى المال كما قالا .

م: (وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به) ش: أي بالتصرف م: (وهو الربح بدونه) ش: أي المستفاد وهو الربح بدون الخلط م: (وصار كالمضاربة) ش: أي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال فكذلك في عقد الشركة فلم ينزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال م: (فلا يشترط اتحاد الجنس) ش: يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال .

م: (والتساوي) ش: ولا يشترط التساوي يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال ، فكذلك في عقد الشركة فلم يزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال والتساوي أو لا يشترط التساوي م: (في الربح وتصح شركة التقبل) ش: وإن لم يوجد المال .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما) ش: أي لأحد الشريكين م: (دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه) ش: أي لعله م: (لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما) ش: فيكون الربح لأحدهما خاصة وهو خلاف تقضي الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحد منهما م: (ونظيره في المزارعة) ش: أي نظير ما قالا من عدم جواز الشركة ثابت في المزارعة ، وهو ما إذا شرطا لأحدهما فقرأنا مسماه فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج إذ من شرط المزارعة أن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنها تنعقد شركة في الانتهاء .

قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ، ولا يجد التاجرمنه بدأ ، قال ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة فيتضمنها ،وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة ،والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح ، كما إذا استأجر بأجرة بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال**) ش: من الإبضاع يقال أبضعته إذا رفعت له مالاً يعمل فيه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإبضاع م: (**معتاد في عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل**) ش: أي مستأجر أجيراً على عمل يحصل منه الربح م: (**والتحصيل بغير عوض دونه**) ش: أي دون الاستئجار .

م: (**فيملكه**) ش: أي فيملك التحصيل بغير عوض وهوالإبضاع وفيه تحصيل الربح بلا أجر فكان الاستئجار على من ملك إلا على ملك الأدنى م: (**وكذا له**) ش: أي لأحد الشريكين م: (**أن يودعه**) ش: أي يودع مال الشركة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإيداع م: (**معتاد**) ش: بين التجار م: (**ولا يجد التاجر منه**) ش: أي من الإيداع م: (**بدًا**) ش: أي انقطاعًا منه م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله- : م: (**ويدفعه مضاربة**) ش: قال الأترازي - رحمه الله - : ويدفعه بالنصب عطفًا على قوله أن يضع م: (**لأنها**) ش: أي لأن المضاربة م: (**دون الشركة**) ش: ألا ترى أن المضارب ليس عليه شيء من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح ، وهذا ظاهر الرواية .

م: (**فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: أي روى الحسن عنه م: (**أنه ليس له ذلك**) ش: أي ليس له أن يدفع المال مضاربة م: (**لأنه نوع شركة**) ش: وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة ، فكذا لا يدفعه مضاربة م: (**والأول أصح**) ش: أي جواز الدفع مضاربة أصح م: (**وهو رواية الأصل**) ش: أي «المبسوط » م: (**لأن الشركة غير مقصودة**) ش: في المضاربة م: (**وإنما المقصود تحصيل الربح**) ش: وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين .

م: (**كما إذا استأجر**) ش: أحد الشريكين أجيرًا م: (**بأجرة**) ش: ليعمل فإنه يجوز قولاً واحدًا لأنه إذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء م: (**بل أولى**) ش: جواب إذا م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد المضاربة م: (**تحصيل**) ش: أي للربح م: (**بدون ضمان في ذمته**) ش: أي في ذمة رب المال فكان أولى بالجواز ، وعند الشافعي - رحمه الله - لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه ، وفي قوله إلا بتصريح في العهد العقد وفي الأظهر يجوز كقولنا م:

بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله. قال ويوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله . قال ويده في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك ، لاعلى وجه البدل

(**بخلاف الشركة حيث لا يملكها**) ش: الشريك م: (**لأن الشيء لا يستتبع مثله**) ش: إذ يلزم المحال منه وهو أن يكون مثل الشيء دونه فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإن له أن يكاتب عنده ، وبالعبد المأذون ، فإن له أن يأذن عبده ، وباقتداء المفترض بالمفترض ، وباقتداء المتنفل بالمتنفل ، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولأن المثل يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان .

الجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكتب وأسبابه ، وليس هذا من قبيل الاستيفاء بل من إثبات الكسب المطلق لهما .

وأما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالإجماع لقوله- عليه السلام- : « **الإمام ضامن**»[1] ، ولأن صلاة المقتدي مبنية على صلاة الإمام جوازًا وقضاء بالحديث ، لأن يكون صلاة تتبعه صلاة المقتدي ، وأما الناسخ فهو رافع صورة يتعين معنى ، فلم يكن رافعًا في الحقيقة ، فلا يرد نقضًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ويوكل من يتصرف فيه**) ش: بنصب يوكل عطفًا على قوله أن يضع أي يوكل الشريك من يتصرف في مال الشركة م: (**لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة**) ش: للربح ، وكل واحد من الشريكين ربما لا يبيعها له مباشرة تبعًا لها م: (**بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك**) ش: بنفسه ، فلابد من التوكيل ثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعًا لها بدلالة الحال ، فصار كل منهما كأنه أمر صاحبه أن توكل بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك . م: (**أن يوكل غيره لأنه**) ش: أي التوكيل بالشراء م: (**عقد خاص طلب منه تحصيل العين**) ش: أي لتحصيل شيء معين معلوم جنسه وصفته م: (**فلا يستتبع مثله**) ش: لما ذكرنا أنه يلزم فيه المحال .

م: (**قال**) ش: أى القدوري - رحمه الله -: م: (**ويده**) ش: أي يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان م: (**في المال يد أمانة**) ش: حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان م: (**لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل**) ش: أي على وجه إعطاء البدل ، واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن .

---

(١) صحيح : صححه الألباني -حفظه الله- ، ورواه أبو داود (٤٨٦) ، والترمذي (١٧٠) ، وأحمد (٢/ ٥١٤) ، وعزاه الهيثمي للبزار ، وقال : رجاله كلهم موثقون . «مجمع الزوائد» (٢/ ٢) .

والوثيقة فصار كالوديعة . قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ، وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- لاتجوز لأن هذه شركة لا يفيد مقصودهما وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال ، وهذا لأن الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنا أن المقصود منه التحصيل ، وهو يمكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان

م: (**والوثيقة**) ش: أي على وجه الوثيقة ، واحترز به عن الرهن فإن الرهن مقبوض لأجل الوثيقة ، لأن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين م: (**فكان كالوديعة**) ش: في عدم وجوب الضمان م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا**) ش: أي جواز هذه الشركة عند أصحابنا .

م: (**وقال زفر والشافعي - رحمهما الله - لا تجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودهما**) ش: أي مقصود الشريكين ، وفي بعض النسخ مقصودها أي الشركة أضاف المقصود إلى الشركة ، وإن كان المقصود للشريكين بأدنى بلا نسبة هو ملبس الشريكين فعقد الشركة م: (**وهو التثمير**) ش: أي المقصود من التثمير وهو حصول الربح م: (**لأنه لابد من رأس المال**) ش: للتثمير م: (**وهذا**) ش: أي قول الشافعي وزفر - رحمهما الله - : لابد من رأس المال م: (**لأن الشركة في الربح تبتني على الشركة في المال على أصلهما**) ش: أي على أصل زفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**على ما قررناه**) ش: أي عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال م: (**ولنا أن المقصود منه**) ش: أي من عقد الشركة م: (**التحصيل**) ش: أي تحصيل الربح .

م: (**وهو**) ش: أي تحصيل الربح م: (**يمكن بالتوكيل**) ش: أي بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحبا مقبول العمل م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد منهما م: (**لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد**) ش: بعقد الشركة حينئذ ، ثم إذا عمل فكل واحد مستحق فائدة عمله ، وهو كسبه .

وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله فكأن الشريك استعان بأجنبي حتى عمل ، وهذا جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل الصلح بنفسه ، فإن القصار إذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عملا يستحق القصار الأجر .

م: (**ولا يشترط فيه**) ش: أي في عقد شركة الصلح م: (**اتحاد العمل والمكان**) ش: حتى إذا كان

خلافاً لمالك وزفر -رحمهما الله- فيهما ، لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت . ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز ، وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن ، فلم يجز العقد لتأديته إليه ، وصار كشركة الوجوه ، لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً ، لأن الربح عند اتحاد الجنس ،

أحدهما قصاراً والآخر خياطًا أو قعدا في دكانين جاز عندنا م: **(خلافًا لمالك وزفر - رحمهما الله - فيهما)** ش: لأنه إذا كان العمل مختلفًا ففي كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله ، لأن ذلك ليس من صيغته فلا يحصل المقصود من الشركة .

ولنا ما قاله المصنف بقوله م: **(لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه)** ش: أشار إلى قوله ولنا أن المقصود منه التحصيل : وهو يمكن بالتوكيل م: **(لا يتفاوت)** ش: خبر إن ، أي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبة على أصل زفر والشافعي- رحمهما الله - في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر - رحمه الله - مع مالك - رحمه الله - في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة ، أجيب : بأن زفر - رحمه الله - له في هذه المسألة أعني الخلط قولان ، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي لا يشترط فيها ، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره مناقضًا .

م: **(ولو شرط العمل نصفين)** ش: أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل نصفين م: **(والمال)** ش: أي الربح الحاصل م: **(أثلاثًا جاز)** ش: استحسانًا م: **(وفي القياس لا يجوز)** ش: وهو قول زفر - رحمه الله - م: **(لأن الضمان بقدر العمل)** ش: أي الضمان في كل واحد منهما بقدر عمله ، وعمله في النصف م: **(فالزيادة عليه)** ش: أي على عمله في النصف .

م: **(ربح ما لم يضمن)** ش: لأنه يؤجل الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن ، وهو حرام لنهي النبي ﷺ عن ذلك م: **(فلم يجز العقد لتأديته)** ش: أي لتأدية هذا العقد م: **(إليه)** ش: أي إلى ربح ما لم يضمن م: **(وصار كشركة الوجوه)** ش: في أن التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشترى بينهما على السواء .

وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضًا .

م: **(لكنا نقول)** ش: بيان وجه الاستحسان م: **(ما يأخذه)** ش: أي ما يأخذه كل من الشريكين م: **(لا يأخذه ربحًا)** ش: أي حال كونه ربحًا م: **(لأن الربح عند اتحاد الجنس)** ش: أي لأن الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس .

ولهذا قالوا استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح

وقد اختلف لأن رأس المال عمل ، والربح مـال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم ، فيتقدر بقدر ما قوم به فـلا يحرم بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متـفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ، وربح ما لم يـضمن لايجوز إلا في المضاربة . قال ومـا يتقبله كل واحد منهـما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ، حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غـيرها استحسان ، والقياس خـلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة تقتضي المفاوضة .

لا يتحقق عند اختلاف الجنس ، والجنس فيما نحن فيه لم يتحد .

م: (**وقـد اخـتلف لأن رأس المال عـمل والربح مـال ، فكان**) ش: أي ما يأخذه م: (**بدل العـمل والعمل يتقوم بالتقويم**) ش: فإذا ضيقا بقدر معنى كان ذلك مهـمًا تقويمًا للعمل م: (**فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم**) ش: لأنه لم يتأد إلا ربح ما لم يضـمن م: (**بخلاف شركـة الوجوه ، لأن جنس المال متفق**) ش: وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير .

م: (**والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز**) ش: تقدير هـذا الكلام لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وربح ما لم يضمن لا يجوز م: (**إلا في المضاربة**) ش: أي جاز فيها لوقوعه بمعاملة العمل في جانب المضارب المال في جانب رب المال .

وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودًا فلزم ما لم يضمن فلا يجوز .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وما يتقبله كـل واحد منهما**) ش: أي من شريك التقبل م: (**من العـمل يلزمه ويلزم شـريكه حتى إن كل واحـد من الشريكين يطالب بالعمل ويطالب بالأجر**) ش: أي يطالب الأول بفتح اللام م: (**ويبرأ الدافع بـالدفع إليه**) ش: أي يبرأ الدافع الأجر إلى كل واحد من الشريكين .

وقـال الكاكي : يجـوز أن يراد بالدافع دافع الأجـرة إليـه ، أي كل واحـد منهـمـا ، وهو الظاهر ، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهـما إليه ، أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ الآخذ من الضمان .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة م: (**ظاهر في المفاوضة وفـي غيرها**) ش: وهو العنان م: (**استـحسـان ، والقياس خـلاف ذلك ، لأن الشركـة وقعت مطلقة**) ش: عن ذكـر الكفـالة وليست الكفـالة من مـقتـضاها حتى تثبت ، وإن لـم تذكـر الكفـالة بمقتضى المعاوضة بدون التصريح .

م: (**والكفالة تقتضي المفاوضة**) ش: فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكر

وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا مستوجب الأجر يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل . قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا ، فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليه

م: (**وجه الاستحسان ، أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا**) ش: أي لكون العمل مضمونًا م: (**مستوجب الأجر**) ش: أي مستحق الأجر م: (**يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه**) ش: أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضمونًا عليه لما استحق الأجر .

لأن الغرم بالغنم ، فإذا كان كذلك م: (**فجرى**) ش: أي هذا العقد م: (**مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل**) ش: وإنما يقال يجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين ، لأنه فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراه ، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتًا لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة ، لأن التنصيص على مفاوضته لم يوجد ، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما**) ش: يعني بوجاهتهما ، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلعة بالنسبة لأمانتهما ، وقال بعضهم إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لأنه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه .

م: (**ويبيعا**) ش: عطف على قوله أن يشتريا م: (**فتصح الشركة على هذا**) ش: أي على كونهما مشتريين وجوهًا م: (**سميت به**) ش: أي شركة الوجوه على تأويل العقد م: (**لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس**) ش: الوجه والجاه بمعنى واحد ، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس . قال الله تعالى : ﴿ **وكان عند الله وجيهًا** ﴾ (الأحزاب : الآية ٦٩) .

م: (**وإنها**) ش: أي أن شركة الوجوه م: (**تصح مفاوضة**) ش: إذا كان الرجلان من أهل الكفالة م: (**لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال**) ش: أي الثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ، ويكون المشترى بينهما نصفين ، ولابد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو ما قام مقامه .

م: (**وإذا أطلقت**) ش: أي أن شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة ، إذ الوكالة م: (**تكون عنانًا ، لأن مطلقه**) ش: أي لأن مطلق عقد الشركة الضائع م: (**ينصرف إليه**) ش: أي إلى العنان ،

وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي -رحمه الله- والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركتنا تقبل . قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الأول ، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه ، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان . فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والأستاذ الذي يلقي العمل على تلميذه بالنصف بالضمان فلا يستحق بما سواها ،

لكون المعتاد بين الناس م: (**وهي**) ش: أي شركة الضائع م: (**جائزة عندنا**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (**خلافًا للشافعي - رحمه الله -**) ش: وبقوله قال مالك - رحمه الله - م: (**والوجه من الجانبين**) ش: أي من جانبنا وجانب الشافعي - رحمه الله - م: (**ما قدمناه في شركتنا تقبل**) ش: وهو أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يعد المال لا تنعقد الشركة ، وقلنا : إن الشركة في الربح مسندة إلى العقد شركة إلى آخره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وكل واحد منهما**) ش: أي من الشريكين م: (**وكيل الآخر فيما يشتريه ، لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ، ولا ولاية فتعين الأول**) ش: أي الوكالة .

م: (**فإن شرطا**) ش: أي الشريكان م: (**أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك**) ش: يكون بينهما نصفين م: (**يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه**) ش: أي في الربح فإن شرط لأحدهما الفضل يبطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما .

م: (**وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثًا فالربح كذلك**) ش: أي يكون أثلاثًا يجعل لما ذكرنا ، وهو إشارة إلى المساواة في اشتراط الربح م: (**وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان**) ش: أشار بهذا إلى أن الاستحقاق يكون بأحد الأمور الثلاثة ثم أوضحها بقوله م: (**فرب المال يستحقه**) ش: إلى الربح م: (**بالمال والمضارب يستحقه**) ش: أي يستحق المضاربة الربح م: (**بالعمل والأستاذ الذي**) ش: يحبس الرجل على دكانه وهو تلميذه الذي يعمل له بالأجر ، وبعد ذلك م: (**يلقي العمل**) ش: من الإلقاء م: (**على تلميذه**) ش: الذي أجلسه على دكانه م: (**بالنصف**) ش: يعني نصف الربح م: (**بالضمان**) ش: يعني يطالب الأستاذ بتحصيل ذلك العمل فكان العمل مضمونًا على الأستاذ والقيد بالنصف اتفاقي فإنه يجوز أن يبلغ بأقل من النصف .

م: (**فلا يستحق بما سواها**) ش: أي فلا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة ، يعني الاستحقاق لا يكون إلا بواحد من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها ، فإن قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة ، والعمل بالتجارة .

ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا ، والضمان على قدر الملك في المشترى ، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة. والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ، فيلحق بها والله أعلم ..

أجيب : بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما تجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان أو المضاربة ولم يوجد ها هنا .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لقوله فلا يستحق بما سواها م: (**أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني**) ش: الثانية المذكورة م: (**واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان**) ش: هذا عود إلى البحث لإتمام المطلوب ، يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل .

م: (**على ما بينا**) ش: إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله : إن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز العقد لتأديته إليه وصار شركة الوجوه ، وقيل هذا إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق . . . إلى آخره ، **والضمان على قدر الملك** يقرر هذا أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان .

م: (**والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة**) ش: فإنه يصح منها لما ذكرنا من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة م: (**والوجوه ليست في معناها**) ش: لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين .

وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال م: (**بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما**) ش: من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب م: (**يعمل في مال صاحبه**) ش: رب المال م: (**فيلحق بها والله أعلم**) ش: أي بالمضاربة .

* * *

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره ، فلا يصلح نائباً عنه

م: **(فصل في الشركة الفاسدة)**

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الشركة الفاسدة ، وأخر الشركة الفاسدة لانحطاطها شرعًا
م: **(ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا)** ش: كله لفظ القدوري - رحمه الله - وزاد المصنف عليه بقوله على هذا الحكم.

م: **(الاشتراك)** ش: الأخذ م: **(في أخذ كل شيء مباح)** ش: كاحتباء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ، ونقل الطين من موضعه لا يملكانه أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك وبه قال الشافعي - رحمه الله -، وعند مالك وأحمد - رحمهما الله - يجوز لأن هذه شركة الأبدان فيجوز كما في الصباغين.

وكذلك إن اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجرًا فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكًا واشترطا أن يشتريا ذلك وطبخا به ويبيعا جاز وهو شركة الوجوه م: **(لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح)** ش: هذان دليلان على المطلوب تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بموكل به .

وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادق غير محل ولايته ، وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل . أشار إليه بقوله م: **(والوكيل يملكه بدون أمره)** ش: أي بدون أمر الموكل ومن ملك شيئًا بدون أمر الموكل.

م: **(فلا يصلح)** ش: أن يكون م: **(نائبًا عنه)** ش: أي عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت .

فإن قيل : يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه أنه يجوز مع أن التوكيل يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ، فعلم أنه لا يشترط بصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل .

وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ، وإحراز المباح، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف -رحمهما الله- لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه، قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا تصح الشركة، والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية، وإن كان العامل صاحب البغل، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل.

أجيب: بأنه لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب، لأن التوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغيره سواء في عدم صحة التوكيل في أمر مباح لها.

وقال الأكمل: وجوابه أن معناه يملك بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النفس ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء م: (**وإنما يثبت الملك**) ش: وبما ذكر أن الشركة لا تصح في الأشياء المذكورة شرع في بيان أن ملك هذه الأشياء بماذا يثبت؟ فقال: إنما يثبته م: (**لهما بالأخذ وإحراز المباح**) ش: أراد أن سبب تلك المباحات أخذها وحيازتها، فكل من قاربه بالسبب فإن بها م: (**فإن أخذاه معًا**) ش: أي فإن أخذ الأشياء المباحة مجتمعين.

م: (**فهو**) ش: أي المأخوذ م: (**بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق**) ش: وهو الأخذ والحيازة.

م: (**وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئًا فهو للعامل**) ش: لوجود السبب فيه أي في الآخذ وهو الأخذ.

م: (**وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغًا ما بلغ**) ش: لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال م: (**عند محمد - رحمه الله - وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يجاوز به نصف ثمن ذلك**) ش: فقوله لا يجوز على بناء المفعول، ونصف ثمن ذلك بالرفع لأنه قائم مقام الفاعل.

م: (**وقد عرف في موضعه**) ش: أي في باب الإجارة الفاسدة وقال الأترازي: أي في كتاب الشركة من «المبسوط» م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية وإن كان العامل صاحب البغل، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل**) ش: أي هذا كلام القدوري - رحمه الله.

أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكاً للحرز وهو المستقي فقد استوفى في منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ، ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للمبذر في المزارعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت

فقال المصنف : م: (**أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء**) ش: وقد مر أن الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد ، فإذا فسدت الشركة كان الكسب للمنفي خاصة كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيد لمن أخذ وأحمل معنى فيه وهو الأظهر من قول الشافعي - رحمه الله - وعلى قياس قول أحمد ومالك - رحمهما الله - ينبغي أن تجوز ذكره في «المغني» لابن قدامة .

وقال بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - : [. . . .] فيه لأن في قول يصح والثاني أن الكسب للمستسقي ، وقال بعض أصحابه : إن كان الماء مملوكًا للبيهقي فالكسب له وعليه أجر ما حمل عليه ، وإن كان مباحًا فالكسب على الشركة .

م: (**وأما وجوب الأجر**) ش: أي أجر مثل البغل أو الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية م: (**فلأن المباح إذا صار ملكًا للحرز**) ش: بكسر الراء وهو م: (**وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره**) ش: الراوية في الأصل بغير السقاء لأنه يروي الماء في محله ثم كثر حتى استعمل في المرادة ، وهي المرادة ها هنا .

قال أبو عبيد - رضي الله عنه - : المرادة لا تكون إلا من جلدين مقام بجلد ثالث بينهما للسقي والجمع للمراد ومزائد م: (**وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله .

قال المصنف : م: (**لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره**) ش: أي تقدير الربح بقدر المال م: (**كما أن الريع**) ش: بفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وبالعين المهملة وهو النماء والزيادة م: (**تابع للمبذر في المزارعة**) ش: كما عرف في موضعه .

وقال الأكمل : قوله الربح فيه تابع . . إلى آخره فيه نظر لأن الربح عندنا فرع العقد كما مر ، وكل فرع تابع وكونه تابعًا للمال إنما هو مذهب الشافعي كما تقدم ، فكان الكلام متناقضاً . والجواز أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً وها هنا قد فسر كيد العقد فيكون تابعًا للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصح لإضافة الحكم إليها يضاف إلى الشرط .

م: (**والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت**) ش: أي التسمية لفساد العقد لكونه واجب

فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال . وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ، ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر ، والوكالة تبطل بالموت ، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر ، لأنه عزل قصدي والله أعلم

الدفع فصار كالتسمية لم يوجد أصلاً م: (فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال ، وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله .

وقال المصنف : م: (لأنها) ش: أي لأن الشركة م: (تتضمن الوكالة ولابد منها لتتحقق الشركة على ما مر) ش: فيما مضى في هذا الفصل م: (والوكالة تبطل بالموت) ش: أي بموت الموكل م: (وكذا) ش: أي تبطل م: (بالالتحاق) ش: أي التحاق بدار الحرب حال كونه م: (مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه) ش: أي إلحاق على الوجه المذكور م: (بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) ش: أي في باب أحكام المرتدين بقوله ولنا أن باللحاق صار من أهل الحرب لهم أمران في أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموت .

م: (ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه) ش: أي لأن الموت م: (عزل حكمي) ش: لتحول ملكه إلى وارثه فلا يتوقف حكمه على العلم لثبوته ضمنًا ، ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به .

م: (فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة) ش: ومال الشركة دراهم أودنانير م: (حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي) ش: أي لأن فسخ أحد الشريكين عزل يقصد فيعتمد العلم لأنه نوع حجر فشرط عليه ثبوت الحجر دفعًا للضرر عنه واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، فإذا كان كذلك كانت تابعة لنا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع .

وأجيب : بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنها شرطها لا تصح الشركة بدونها أشار المصنف إلى ذلك أيضًا بقوله ولابد منها أي من الوكالة لتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطًا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه .

***

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه . وعلى هذا الاختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه . لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير ، وقد أتى به

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل وقد ذكرنا غير مرة أن لفظ إذا فصل عما بعده لا يكون معربًا لأن من شرط الإعراب التركيب فيكون حكمه مثل أحكام الأسماء المفردة إذا ذكرت بغير تركيب م: (**وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله .

وقال المصنف : م: (**لأنه**) ش: أي لأن دفع زكاة صاحبه م: (**ليس من جنس التجارة فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله**) .

م: (**وقالا لا يضمن إذا لم يعلم**) ش: وإن علم ضمن ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة في «الزيادات» للعتابي لا يضمن وإن علم عندهما وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه كفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور ، وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة وهو إشارة إلى وجوب الضمان .

م: (**وهذا**) ش: على الثاني خاصة م: (**إذا أديا على التعاقب**) ش: يعني أحدهما عقيب أداء الآمر .

م: (**أما إذا أديا معًا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه**) ش: فإن قيل إذا أديا معًا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة - رحمه الله - لعدم السبق ، إذ الموكل لم يقع فعلى الوكيل فعلاً .

قلنا : الموكل إن لم يسبقه تحقيقًا فقد سبقه اعتباراً أو تقديراً ، لأن يصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل إليه فيصير سابقًا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا باعا وخرج الوكيل معه فقد تبع الموكل دون الوكيل .

م: (**وعلى هذا الاختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به**)

فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه ، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر إلا لدفع ضرر آخر ، وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي ، وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق . ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه

ش: أي بما أمر به م: **(فلا يضمن للموكل . وهذا)** ش: أي عدم ضمانه للموكل م: **(لأن في وسعه التمليك)** ش: من الفقير م: **(لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل، وإنما يطلب منه ما في وسعه)** ش: والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن الثاني، وإن لم يقع ما أداه زكاة . م: **(وصار)** ش: أي المأمور هنا م: **(كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا ، ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى)** ش: بفتح الدال المهملة م: **(لم يقع زكاة فصار)** ش: .

أي المأمور م: **(مخالفًا وهذا)** ش: أي كونه مخالفًا م: **(لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر)** ش: بيانه أن زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل سبيل الزكاة عند ذلك وبقاؤه في عهدة الواجب أيضًا ضرر وهو لم يلزم ضرر دفع الوكيل ماله .

م: **(إلا لدفع ضرر آخر)** ش: وهو إسقاط الواجب عن ذمته ، لأن المقصود من الأمر بأداء الزكاة إخراج النفس عن عهدة الواجب .

م: **(وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه)** ش: أي عن المقصود م: **(فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي)** ش: فلا حاجة إلى العلم م: **(وأما دم الإحصار)** ش: جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار .

م: **(فقد قيل هو على هذا الاختلاف)** ش: يعني يضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - فهذا جواب على سبيل المنع ، ثم أجاب بطريق التسليم بقوله م: **(وقيل بينهما فرق)** ش: يعني ولئن سلمنا لا يضمن بالاتفاق ، لكن قيل إن بينهما فرق أشار إلى الفرق بقوله : م: **(ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه)** ش: يعني أن دم الإحصار ليس بواجب لا محالة لأنه لو يصبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار وهو معنى قوله :

فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار . قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل . فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ، وهذا لأن الملك واقع له خاصة ، والثمن بمقابلة الملك ، وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة ، إذ هما لايملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن ،

م: (**فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا**) ش: وهي مسألة الزكاة م: (**الأداء**) ش: أي أداء الزكاة م: (**واجب فاعتبر الإسقاط**) ش: أي إسقاط الواجب م: (**مقصوداً فيه**) ش: وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعري فعل المأمور من المقصود فضمن م: (**دون دم الإحصار**) ش: لأنه ليس بواجب البتة كما ذكرنا . م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا يرجع عليه**) ش: أي على المأمور م: (**بنصف الثمن ، لأنه**) ش: أي لأن المأمور .م: (**أدى دينًا عليه**) ش: أي على نفسه م: (**خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة**) ش: تحقيق هذا أن الحاجة إلى الوطء من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة إلى الطعام فإنها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط ثم بالتصريح على الوطء التحق بحاجة الطعام ، فوقع شراء الجارية لشركة المشتري خاصة .

م: (**وهذا**) ش: بيان بقوله : أدى دينًا عليه خاصة م: (**لأن الملك واقع له خاصة**) ش: بدليل حل وطئها م: (**والثمن بمقابلة الملك**) ش: فكان الدين عليه خاصة م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله- : م: (**أن الجارية دخلت في الشركة على البتات**) ش: بعصبته عقد المعاوضة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكلما دخل في الشركة فأدى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع على صاحبه بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الإذن . وأدى ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله م: (**جريًا على مقتضى الشركة**) ش: أي شركة المفاوضة ، فإن ذلك يقتضي دخول ما ليس بشيء كالطعام والكسوة بحقها وشركة الجارية ليس بشيء فيدخل تحتها .

م: (**إذ هما لا يملكان**) ش: أي الشريكان م: (**تغييره**) ش: أي بغير مقتضى شركة مع بقائها م: (**فأشبه حال عدم الإذن**) ش: أي صار كما لو اشتراها بغير إذن الشريك ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه أما من قوله فأشبه حال عدم الإذن فكأنه توهم أن يقال : كيف يشبه حال عدم الإذن ، وهناك لم يحل وطؤها .

غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد، فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة ، وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بينا ، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق ، لأنه دين وجب بسبب التجارة ، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

وبعد الإذن يحل أشار إلى ذلك بقوله : م: (**غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة**) ش: إشارة إلى قوله جريًا على مقتضى الشركة م: (**فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن**) ش: فكأنه قال: اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك، فجازت الهبة في السابع لأن الجارية مما لا ينقسم .

م: (**بخلاف الطعام والكسوة**) ش: حيث تقع للمشتري خاصة م: (**لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له**) ش: أي للمشتري .

وإنما رجع الضمير إليه وإن لم يذكر لظهور فهم ، لأن الشهوة قائمة مقام الذكر م: (**خاصة بنفس العقد فكان مؤديًا دينًا عليه من مال الشركة ، وفي مسألتنا**) ش: أي فيما اشترى أحد المتعاوضين الجارية للوطء بإذن الآخر م: (**قضى دينًا عليهما لما بينا**) ش: أنها دخلت في الشركة .

م: (**وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما**) ش: أي الشريكين م: (**شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة**) ش: فيطالب المشتري إن شاء وإن شاء يطالب شريكه لأنه كفيل م: (**فصار كالطعام والكسوة**) ش: أي فصار حكم الجارية المشتراة للوطء بالإذن كالطعام والكسوة المشترك يطالب البائع أيهما شاء ، فإذا استحقت الجارية فعلى الواطىء العقر بأخذ المستحق بالفقر أيهما شاء ، والله أعلم .



كتاب الوقف

قال أبو حنيفة : لا يزول ملك الواقف عن الوقف ، إلا أن يحكم به الحاكم ، أو يعلقه بموته ، فيقول: إذا مت فقد وقفت داري على كذا . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد -رحمه الله- : لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه .

م: (كتاب الوقف)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الوقف، وقال الشراح كلهم : مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وليس بموجبه كما سنبين ، والوقف في اللغة: الحبس ، من قولهم وقفت الدابة إذا تبعته في السير .

وقال ابن دريد : الوقف : مصدر وقفت الدابة أوقفتها وقفًا ، ووقف بنفسه وقوفًا يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف الأرض على ولده ؛ لأنه جنس الملك عليه .

وقيل للموقوف: وقف ، تسمية بالمصدر وتجمع على أوقاف كوقت يجمع على أوقات ، وقالوا: لا يقال فيه: أوقف إلا في لغة رديئة [. . .] كذا في «الصحاح» .

وقال شمس الأئمة : الوقف شريعة عبارة عن: حبس المملوك عن التمليك من الغير وسيجيء مشروحًا م: (**قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يزول ملك الواقف عن الوقف ، إلا أن يحكم به الحاكم ، أو يعلقه بموته ، فيقول : إذا مت فقد وقفت داري على كذا**) ش: هذا كلام القدوري - رحمه الله- غير أن المصنف -رحمه الله- قدم ذكر لفظ أبي حنيفة -رحمه الله- ، ولفظ القدوري- رحمه الله- : لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة -رحمه الله - إذا مت فقد وقفت داري على كذا .

هذا كلام غير المصنف والباقي مثله، وفي «المحيط» لشمس الأئمة الحلواني : بشرط جواز الوقف على قول أبي حنيفة وزفر -رحمهما الله - أن يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه ، ويجوز له بيعه ، ولو ورث عنه إلا أن يخبر الورثة فيصير جائزًا أو يتأبد الوقف .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد -رحمه الله-: لا يزول حتى يجعل للوقف وليًا ويسلمه إليه**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري .

وهذا يدل على أن الوقف عندهما جائز في حال الصحة أو المرض، إلا أنهما اختلفا فيما بينهما، قال أبو يوسف - رحمه الله - : يجوز مشاعًا كان أو منوعًا سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه

قال - رحمه الله- : الوقف لغة هو الحبس يقول : وقفت الدابة ، أو وقفتها، بمعنى ، وهو في الشرع عند أبي حنيفة -رحمه الله- :حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ، ثم قيل : المنفعة معدومة ، والتصدق بالمعدوم لا يصح ، فلا يجوز الوقف أصلاً ، عنده، وهو الملفوظ في الأصل ،

شرط التأبيد أو لم يشترطه .

وقال محمد - رحمه الله- : لا يجوز إلا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة أن يكون مقسومًا مخرجًا من يده سلمًا إلى المتولي ، وإن شرطا فيه التأبيد وهو أن يجعل آخره إلى سبيل خير لا ينقطع أبدًا كذا قال في «الأسبيجابي» .

م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (**الوقف لغة**) ش: أي من حيث لغة العرب م: (**هو الحبس يقول : وقفت الدابة ، أو وقفتها بمعنى**) ش: أي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مقتضى .

م: (**وهو**) ش: أي الوقف م: (**في الشرع عند أبي حنيفة -رحمه الله - :حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة**) ش: على الفقراء أو على جهة من سبيل الخيرات م: (**بمنزلة العارية**) ش: يعني جواز الوقف عند أبي حنيفة -رحمه الله- جواز العارية فيرجع فيه ويباع .

وفي «شرح الطحاوي » : الوقف عند أبي حنيفة -رحمه الله - على ثلاثة أوجه : في وجه لا يجوز ، وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحة فلا يجوز ، وإن اشترط التأبيد وسلمه إلى المتولي يجوز بيعه ، ويكون ميراثًا عن الواقف ، وفي وجه : يجوز .

وهذا إذا وقفه في حال حياته ، وجعل وصية بعد وفاته فإنه يجوز من ثلث ماله ، وفي وجه : لا يجوز في ظاهر الرواية ، وهو ما إذا وقف في مرض موته ، فهو كالوقف في حال صحته .

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاته ، وقيل : الوقف جائز عند أبي حنيفة - رحمه الله - لكن ليس بلازم حتى يجوز إعادته إلى يده ، ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالإجماع لأنه مجتهد فيه ، وعندهما -رحمهما الله - لازم على كل حال ، وهو قول الشافعي - رحمه الله .

م: (**ثم قيل: المنفعة معدومة ، والتصدق بالمعدوم لا يصح ، فلا يجوز الوقف أصلاً ، عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**وهو الملفوظ في الأصل**) ش: يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملفوظ في« المبسوط» فإنه قال عنه : فإن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يجيز ذلك .

والأصح: أنه جائز عنده ، إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ، ولا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث . واللفظ ينتظمهما ، والترجيح بالدليل . لهما قول النبي ﷺ لعمر- رضي الله عنه - حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ: « تصدق بأصلها ، لا

وقال قاضي خان : وظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس ، فقال : عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف ، وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة وإجماع الصحابه -رضي الله عنهم- إلا عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- وعامة الفقهاء -رحمهم الله- إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك .

فيلزم ولا يملك ، وهو الأصح عند الشافعي وأحمد -رحمهم الله- وقال الشافعي في قول، وأحمد -رحمه الله- في رواية : ينتقل إلى مال الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السابعة ، وعند مالك -رحمه الله- : هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال أبو العباس -رضي الله عنهما- من أصحاب الشافعي - : رحمه الله- وهذا قول آخر للشافعي وأحمد -رحمهما الله- لأنه ﷺ حبس الأصل وسأل الثمرة.

م: (**والأصح**) ش: أي أن الوقف م: (**أنه جائز عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية**) ش: فإنها جائزة غير لازمة ، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ، ويجوز بيعه . ويورث عنه.

م: (**وعندهما حبس العين**) ش: أي الوقف حبس العين م: (**على حكم ملك الله تعالى ، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ، فيلزم ، ولا يباع ، ولا يوهب، ولا يورث**) ش: حاصل هذا أن تقدير الوقف عندهما أن يقول: إزالة العين عن ملكي إلى الله عز وجل وجعلته محبوساً في ملكه ، ومنفعته للعباد ، وإذا كان تقدير الوقف هذا عندهما أصح ولو لم يكن يوصي به فيلزم ولا يباع ولا يورث .

م: (**واللفظ ينتظمهما**) ش: أي لفظ الوقف ينتظم أي يتناول ما قال أبو حنيفة -رحمه الله- وهو حبس العين على ملك الواقف ويتناول ما قال صاحباه ، وهو حبس العين على ملك الله م: (**والترجيح بالدليل**) ش: أي ترجيح أحد المذهبين على الآخر بالدليل وشرع بعد ذلك في بيان الدليل فقال :

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- قوله عليه السلام . م: (**قول النبي ﷺ لعمر -رضي الله عنه- حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ :« تصدق بأصلها لا**

تباع، ولا تورث ، ولا توهب» ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ؛ ليصل ثوابه إليه على الدوام ، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله لله تعالى ،

تباع ولا توهب ولا تورث») ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة -رحمهم الله- كلهم عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال : أصاب عمر -رضي الله عنه- بخيبر أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال : « **أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه فكيف تأمرني به ؟ قال : إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر -رضي الله عنه- أنه لا يباع أصلها ، ولا يوهب ، ولا يورث في الفقراء والقربى ، والرقاب ، وفي سبيل الله ،** » وزاد عن بشر : والضيف ، ثم اتفقوا : «لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه » ، وفي رواية البخاري : أن هذا المال كان نخلاً .

وأخرج الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن عمر -رضي الله عنه- استشار النبي ﷺ في أن يتصدق بماله ثمغ فقال رسول الله ﷺ:« **تصدق به تقسم ثمره وتحبس أصله لا يباع ولا يوهب**». . انتهى .

وفيه نص ﷺ أن الوقف لازمة الفروع خلافاً لمن يبطله جملة وهو قول شريح -رحمه الله- وفيه أن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته . ولا يكون ميراثاً ، وفيه أن الوقف يجوز بلفظ : حبسه بل الأصل فيه هذا اللفظ ؛ لأن معنى الوقف في اللغة : الحبس ، وفيه أن يقسم الموقف له بأن يتناول من عليه الوقف بالمعروف ، ولا يتناول أكثر من حاجته ، هذا إذا لم يعين له الواقف شيئاً معيناً .

فإذا عينه فله أن يأخذ ذلك قليلاً أو كثيراً ، قوله ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم ، وبالعين المعجمة وهي بقعة على نحو ميل من المدينة ،[. . . .] تلقاء المدينة كان فيها مال لعمر -رضي الله عنه- فخرج إليه يوماً ففاتته صلاة العصر ، فقال [. . .] تمنع عن الصلاة . . أشهدكم أنها صدقة .

وقال الأترازي -رحمه الله-: وقد وقع سماعنا هنا بلا تنوين ، وقد أثبت في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منسوباً وغير منسوب كما في «وعد» ، وقال الكاكي - رحمه الله- : ونسخة مولانا حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتأنيث . . انتهى .

قلت : سبحان الله هذا الكلام منهما كلام من لم يميز بالنحو ، وقد ثبت فيه الأمثل ، وهذا يجوز فيه الوجهان عدم المصرف للعلتين المذكورتين .

وجواز الصرف بسكون وسطه فإنه يقاوم أحد العلتين فبقي الاسم بعلة واحدة ، فلا يمنع من الصرف م: **(ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه)** ش: أي من الوقف م: **(ليصل ثوابه إليه)** ش: أي إلى الواقف م: **(على الدوام ، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله لله تعالى)** ش: يمكن أن

إذ له نظير في الشرع وهو المسجد ، فيجعل كذلك ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- قوله عليه السلام: «لا حبس عن فرائض الله تعالى »

يكون هذا جواباً عما يقال كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا إلى مالك؟ وتقدير الجواب أنه يمكن أن يدفع حاجة الواقف عن ملكه بإسقاطه عنه ، وجعله لله تعالى، فإذا جعل لله تعالى يلزم، ويدوم ويصل إليه ثوابه .

م: (إذ له نظير في الشرع) ش: هذا أيضاً جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا يدخل في ملك أحد، وهو محال .

وتقدير الجواب أن هذا له نظير في الشرع م: (وهو المسجد) ش: فإن اتخاذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراج الملك من المنفعة ، وهو مالك ، ولا يدخل في ملك أحد ، وكالعبد المشترى لخدمة الكعبة ، فإنه يصح ولا يدخل في ملك .

وفي« المبسوط» : ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معايشهم ومعادتهم كسائر الخانات والرباطات ، واتخاذ المقابر ، ويستدلون بالعتق أيضاً ، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك ، وصح ذلك على قدر التقرب .

م: (فيجعل كذلك) ش: أي فيجعل الوقف كالمسجد ، وفي «فتاوى قاضي خان » - رحمه الله- : ولم يأخذ ، والقول قول أبي حنيفة -رحمه الله- للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها أوقاف خليل الرحمن صلوات الله وسلامه عليه ، فهي باقية إلى اليوم ، وكذا أوقاف الصحابة -رضوان الله عليهم-بمكة والمدينة .

م: (ولأبي حنيفة قوله ﷺ) ش: أي قول النبي ﷺ : م: («لا حبس عن فرائض الله تعالى») ش: هذا [الحديث] أخرجه الدارقطني في «سننه - في الفرائض» عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى ابن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله ﷺ : « لا حبس عن فرائض الله »[1] وعبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان ، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» موقوفاً على علي -رضي الله عنه- ، فقال حدثنا هشام عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : قال علي - رضي الله عنه - لا حبس عن فرائض الله تعالى إلا ما كان من سلاح أو كراع . وعن شريح أنه قال: جاء محمد ﷺ يبيع الحبيس، هذا رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه - في البيوع»: حدثنا وكيع ، وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال : « جاء محمد ﷺ يبيع الحبيس » وأخرجه البيهقي .

---

(١) الدارقطني في «سننه» (٤/ ٦٨) . راجع ترجمته في « ضعفاء ابن الجوزي» (٢٠٩٦) .

قوله : لا حبس عن فرائض الله تعالى ، أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوجلة والحاسي ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله .

وكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه الدليل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- الحبس ما كانوا يفعلونه في الابتداء قبل سورة النساء كانوا [. . . .] العين على ملكهم ، ويتصدقون بالعلة ويرون أن بيع الأصل ممتنعاً لمكان الصدقة بالعلة فجاء محمد ﷺ ونسخ هذا وجوز بيعه .

والمعنى هذه المسألة أن هذا تصدق بالعلة المعدومة لا بالعين فلا يمنع البيع ولا الإرث إذا لم يكن موصى به قياساً على ما لو قال : تصدقت بعلة هذه الأرض على الفقراء والمساكين أبداً .

وفي «مبسوط» شيخ الإسلام -رحمه الله- : الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم ؛ لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث ، فأما إذا كان الوقت قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات .

فإن قلت : قال ابن حزم -رحمه الله- : قولهم لا حبس عن فرائض الله ، قول فاسد ؛ لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الموت ، فكل هذا سقط لفرائض الله .

قلت : لا نسلم أن هذه الأشياء سقط لفرائض الورثة ، أما الهبة والصدقة فإنهما يكونان في حياة الرجل في ذلك الوقت وفرائض للورثة وأما الوصية فإنها لا تنعقد إلا عن الثلث ، ففرائض الورثة في الثلثين .

فإن قلت : هذا الحديث ضعيف ، كما مر من جهة أبي حنيفة -رحمه الله- [. . .] فكيف يستدل به لأبي حنيفة -رحمه الله .

قلت : أخرجه الطحاوي بتمامه بإسناد صحيح فقال حدثنا سليمان بن شعيب عن أبي يوسف -رحمه الله- عن عطاء بن السائب -رحمه الله- قال سألت شريحاً الحديث ، وفيه : « لا حبس عن فرائض الله» ، فإن كان الذي روى عن ابن عباس -رضي الله عنهما- ضعيف ، فهذا الذي روى .

م: (وعن شريح) ش: صحيح ، ومع هذا جاء عنه أيضاً م: (**«جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس»**) ش: كما ذكرنا وشريح هو ابن الحارث الكندي وهو قاضي عمر وعثمان وعلي -

ولأن الملك باق فيه ، بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة ، وسكنى ، وغير ذلك ، والملك فيه للواقف ، ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها ، إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ؛ ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ، ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق ؛ لأنه إتلاف ، وبخلاف المسجد ؛ لأنه جعل خالصاً لله تعالى ، ولهذا: لا يجوز الانتفاع به ، وههنا لم ينقطع حق

رضي الله عنهم - الخلفاء الراشدين المهديين ، ومعنى جاء محمد ﷺ : جاء شرعه ببيع الحبس .

م: **(ولأن الملك باق فيه)** ش: أي في الوقف م: **(بدليل أنه يجوز الانتفاع به)** ش: أي بالوقف م: **(زراعة ، وسكنى ، وغير ذلك)** ش: نحو إسكانه وإجارته كما يشفع بالمملوكات م: **(والملك فيه للواقف)** ش: بدليل تصرفه فيه بالأشياء المذكورة ، ثم أوضح ذلك بقوله م: **(ألا ترى أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها)** ش: بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم بالأمر ، والضمير في مصارفها يرجع إلى الغلات ، وفي منصب القوام فيها إلى المصارف . م: **(إلا أنه)** ش: أي للواقف م: **(يتصدق بمنافعه فصار)** ش: أي الوقف م: **(شبيه العارية)** ش: من حيث أن ملك الغير قائم فيها ، والغير ينتفع بمنافعها م: **(ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائمًا)** ش: فاستدعى دوام ملك الواقف وهو معنى قوله م: **(ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه)** ش: وفي بعض النسخ إلا بالبقاء على ملكه .

م: **(ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مع بقائه)** ش: أي مع بقاء ملكه م: **(كالسائبة)** ش: وهي الناقة التي تسيب لنذر ، كان الرجل يقول: إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة . ومعناه: أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حيث إن العين لا يخرج من أن يكون مملوكًا له منتفعًا به فإنه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف داره أو أرضه .

م: **(بخلاف الإعتاق)** ش: جواب عما يقال لو كان أزال الملك لا إلى ملك غير مشروع لما جاز العتق ، فلأنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد فأجاب عنه بقوله م: **(لأنه إتلاف)** ش: أي إسقاط صفة المملوكية م: **(وبخلاف المسجد)** ش: وجواب عن قياسهم الوقف على المسجد فأجاب عنه بقوله م: **(لأنه جعل خالصًا لله تعالى)** ش: أي لأجل أنه جعل خالصًا لله تعالى .

م: **(ولهذا : لا يجوز الانتفاع به ، وههنا)** ش: أي لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها ، والأصل في الشرع وهو الكعبة ، فإنها محرزة عن ملك العباد فألحقت سائر المساجد بها ، والموقف ليس بإحالته إلى الله تعالى كما ذكرنا ، وههنا يعني في الوقف م: **(لم ينقطع حق**

العبد عنه ، فلم يصر خالصاً لله تعالى . قال -رحمه الله- قال في «الكتاب» : لا يزول ملك الواقف ، إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته ، وهذا في حكم الحاكم صحيح ؛ لأنه قضاء في مجتهد فيه ، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه ، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد ، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم حينئذ ، والمراد بالحاكم : المولى ، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ -رحمهم الله-

---

العبد عنه ، فلم يصر خالصًا لله تعالى . فقال) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (**قال في «الكتاب»**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م: (**لا يزول ملك الواقف ، عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته**) ش: إلى هنا لفظ القدوري - رحمه الله -غير أن فيه لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة ، فأسقط المصنف - رحمه الله -ذكر أبي حنيفة - رحمه الله .

ثم قال : م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكره القدوري م: (**في حكم الحاكم صحيح ؛ لأنه قضاء في مجتهد فيه**) ش: صورة الحكم إن سلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه .

م: (**أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه**) ش: يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة - رحمه الله -فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك ، وقيل : لا يزول ، وهو الصحيح ؛ لأن الوقف يصدق بالعلة، وهو ما لا يستدعي زوال أصل الملك .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (**إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد**) ش: يعني دائمًا م: (**فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدًا فيلزم حينئذ ، والمراد بالحاكم**) ش: الذي ذكره القدوري - رحمه الله- م: (**المولى**) ش: بفتح اللام الذي ولاه الإمام عمل القضاء م: (**فأما المحكم**) ش: بتشديد الكاف المفتوحة الذي ينفذ عليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين م: (**ففيه اختلاف المشايخ**) ش: قال في كتاب «القضاء -من خلاصة الفتاوى» : وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات ، والأصح أن ينفذ ، لكن لا يفتى به . . كذا ذكر في «الأقضية» .

وقال في «الفتاوى الصغرى» الحاكم المحكم إذا قضى عليه المحكمين فظاهر الجواب " أنه ينفذ ، وجواب « فتاوى السمرقندي » : أنه لا يبعد زجرًا لهم عن ذلك ، وإني أقول : لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، يعني في إطلاق المصارف ، ولا يفتى على هذا .

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -أنه قال : مسألة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتي به ، وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز ، إلا أن القاضي الإمام الأستاذ - رحمه الله -أبا علي البيهقي ، كان يقول : يكتم هذا الفعل ولا يفتي به لئلا يتطرق الجهال إلى هذا فيؤدي إلى

ولو وقف في مرض موته . وقال الطحاوي -رحمه الله-: هو بمنزلة الوصية بعد الموت ، والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما ، يزول بالقول عند أبي يوسف-رحمه الله-، وهو قول الشافعي -رحمه الله- بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك عنه ، وعند محمد-رحمه الله- لا بد من التسليم إلى المتولي ؛ لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد ؛ لأن التمليك من الله تعالى - وهو مالك الأشياء - لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه

هدم مذهبنا ، فأما المذهب [. . .] الأول ، إلى هنا لفظ كتاب «الفتاوى الصغرى» .

م: (**ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي - رحمه الله -**) ش: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي - رحمه الله -ثم الحجري البصري الطحاوي ونسبه إلى طحا قرية من أعمال الأشمونين بالصعيد الأدنى ، الإمام المحدث الفقيه الحنفي ، ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين ومات ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة بمصر ، ودفن بالقرافة .

م: (**هو**) ش: أي الوقف م: (**بمنزلة الوصية بعد الموت**) ش: يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ، ثم قال الطحاوي- رحمه الله -في «مختصره» : وقد روى محمد - رحمه الله -عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز في صحته ، ثم قال : وهو الصحيح على أصوله .

م: (**والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما ، يزول بالقول عند أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: أي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله : وقفت م: (**وهو قول الشافعي - رحمه الله -**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله -وأكثر أهل العلم . وفي« التميمة »: والفتوى على قول أبي يوسف - رحمه الله - ، وفي «المحيط» ، والسرخسي -رحمه الله-: ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف -رحمه الله -ترغيبًا للناس في الوقف ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد -رحمه الله .

م: (**بمنزلة الإعتاق**) ش: حيث يزول ملك المعتق بمجرد قوله : أعتقت عبدي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**إسقاط الملك عنه**) ش: عن الملك م: (**وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي ؛ لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه**) ش: أي في الوقف م: (**في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التمليك من الله تعالى - وهو مالك الأشياء- لا يتحقق مقصودًا**) ش: فيأخذ الملك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض ، وقوله وهو مالك الأشياء جملة معترضة بين اسم إن وخبرها . م: (**وقد يكون تبعًا لغيره فيأخذ حكمه**) ش: أي قد يكون التمليك تبعًا لغيره أي ضمنًا ؛

فينزل منزلة الزكاة والصدقة . قال : وإذا صح الوقف على اختلافهم ، وفي بعض النسخ : وإذا استحق مكان قوله : وإذا صح خرج من ملك الواقف ، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه ؛ لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه ، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول ، كسائر أملاكه ، قال -رحمه الله- : وقوله: خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره .

لأن التمليك من الله قصداً لا يثبت [. . .] من شيء ، بل يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض م: (**فينزل منزلة الزكاة والصدقة**) ش: يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**وإذا صح الوقف على اختلافهم**) ش: أي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند أبي حنيفة - رحمه الله -على رواية الأصل خلافًا لصاحبيه .

م: (**وفي بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ القدوري - رحمه الله -م: (**وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه**) ش: خلافًا للشافعي - رحمه الله -في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية .

م: (**لأنه**) ش:أي لأن الوقف م: (**لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه**) ش: أي على ملكه ، وجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه وهو معنى قوله م: (**بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه**) ش: أي كما ينفذ تصرفه في سائر أملاكه .

ومع هذا لا يجوز لعدم دخوله في ملكه م: (**ولأنه لو ملكه**) ش: دليل بأن في عدم دخوله في ملكه ، أي : ولأن الموقوف عليه لو ملك الموقوف م: (**لما انتقل عنه بشرط المالك الأول**) ش: وهو الواقف يعني ما كان ينتقل إلى من بعده ممن شرط الوقف بقوله : بعد هذا الموقوف عنه إلى الفقراء رعاية لشرطه .

لكن ليس له ذلك بالاتفاق يدل على أنه لا يدخل في ملك الموقوف عليه م: (**كسائر أملاكه**) ش: أي كسائر أملاك الموقوف عليه .

م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله -م: (**وقوله**) ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - في «مختصره» م: (**خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره**) ش: يعني أن الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ، وبزوال ملك الواقف عنه إلى الله تعالى ، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قوله خرج على ملك الواقف قولهما

قال : ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف -رحمه الله- لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ، فكذا تتمته ، وقال محمد -رحمه الله- : لا يجوز ؛ لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به ، وهذا فيما يحتمل القسمة ، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع

بخلاف قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، فإن بالوقف عنده حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالنفقة .

فإذا كان محبوسًا على ملك الواقف لا يصح قوله : خرج عن ملك الواقف ، على مذهب ، وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله يجب أن يكون قولهما مطلقًا لا يستقيم . أجيب عنه : بأنه قال : وإذا صح الوقف لم تدل الصحة على اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالة والمضاربة ، فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف ، قولهما : إذا حكم به ، فحينئذ خروجه قول الكل .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله -م: (**ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف - رحمه الله-**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله -م: (**لأن القسمة من تمام القبض**) ش: لأن القبض للخيارة وتمام الخيارة مما يقسم بالقسمة م: (**والقبض عنده**) ش: أي عند أبي يوسف م: (**ليس بشرط فكذا تتمته**) ش: وهي القسمة وهو كونه مقسومًا مقررًا .

وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق ، والشيوع لا يمنع العتاق فلا يمنع الوقف أيضًا ، يؤيده حديث عمر - رضي الله عنه - أنه أصاب [. . .] ، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره عليه السلام بوقفها .

م: (**وقال محمد - رحمه الله - : لا يجوز ؛ لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به**) ش: أي ما يتم به القبض وهو كونه مقسومًا .

وقال الولوالجي في «فتاوى مشايخ بلخ» : أخذوا بقول أبي يوسف ومشايخ بخارى - رحمهم الله -أخذوا بقول محمد - رحمه الله - ، ثم قال : وبه يفتى ثم قال : فإن رفع إلى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل ؛ لأنه مختلف فيه فيصير متفقًا عليه باتصال القضاء .

وقال في «خلاصة الفتاوى» : ولو وقفت نصف الحمام ، جاز يعني بلا خلاف من أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله-لأنه لا يحتمل القسمة فصار كسهم المشاع فيما لا يحتمل القسمة .

م: (**وهذا**) ش: أي وهذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لا يحتمل القسمة**) ش: كالحمام والرحى ونحوهما م: (**فيجوز مع الشيوع**

عند محمد -رحمه الله- أيضاً ؛ لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسـمة أيضاً عند أبي يوسف -رحمه الله- لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما في غـاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيـه في وقت ويتخذ اصطبـلاً في وقت بخلاف الوقف ، لإمكان الاستـغلال وقسـمة الغلة . ولو وقف الكل ، ثم استحق جزءاً منه، بطل في الباقي، عند محمد -رحمه الله- لأن الشيوع مقارن ، كمـا في الهبـة ، بخلاف ما إذا رجع الواهب فـي البعض ، أو رجع الوارث في الثلثين بعـد موت المريض ، وقد وهب أو وقف في مرضه ،

عند محـمد - رحمـه الله - أيضًا؛ لأنه) ش: أي لأن محـمدًا م: (يعتـبره) ش: أي الوقـف بالـنوع م: (بالهبة) ش: أي لجواز الهبـة المشاعة . م: (والصـدقة المنفـذة) ش: وهي التي سـلمت إلى الفقـير وجـعلت مملوكـة له ، وفـيه لا يمنع الشيـوع ، وكـذا في الصدقـة الموقـوفة ، وهي التي لـم يملكهـا الموقوف عليه إلا إذا تصدق عليه بمنفعتها م: (إلا في المسـجد والمقبرة) ش: استـثناء من قـول أبي يوسف- رحمه الله -يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسـمة أيضًا بأن كـان الموضع صغيرًا لا يصلح بما أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسـمة ؛ لأن المسجد خـالص لله تعـالى ، والشيـوع بناء في الخلوص ، ألا ترى إلى قـوله تعـالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾ (الجن: الآية ١٨) .

م: (فإنه لا يتم) ش: أي فإن الوقف لا يتم م: (مع الشيوع فيما لا يحـتمل القسمة أيضًا عند أبي يوسف - رحمه الله - لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى) ش: كما ذكرناه .

م: (ولأن المهايأة فيـهما) ش: أي في المسجد والمقبرة م: (في غاية القبـح بأن يقبر فـيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف) ش: أي وقـف المشاع ، فإنه لا قبح فيه .

م: (لإمكان الاستـغلال وقسـمة الغلة) ش: بين مستـحق الوقـف وبين صـاحب الملك م: (ولو وقف الكل) ش: ذكر هذا تفريعًا لمسألة القدوري - رحمـه الله -وهو أنه وقف عقـارًا كله م: (ثم استحق جزءًا منه) ش: بأن مالكه مستحقًا في النصف أو الثلث أو الربع ونحوهما م: (بطل) ش: أي الوقف م: (في الباقي) ش: بعد الاستحقاق م: (عند محمـد - رحمه الله - لأن الشيـوع مقارن) ش: للقبض ؛ لأن حق المستحق كان ثابتًا في الموقوف حـال الوقف فلم يتم القبض ، وهو شرط عند محـمد - رحـمه الله - فبطل في الباقي لانتفاء الشرط . م: (كمـا في الهبة) ش: المشاعة لمقارنة الشيوع فيه عند القبض م: (بخلاف مـا إذا رجع الواهب في البعض) ش: في النصف مثلاً بعـد قبض الموهوب له م: (أو رجع الوارث في الثلثين) ش: بأن وهب في مرض موته فمات ورجع الوارث م: (بعـد موت المـريض وقد وهب أو وقف فـي مرضـه) ش: والحـال أن الواهب وهب في مـرضـه أو

وفي المال ضيق ؛ لأن الشيوع في ذلك طارىء ، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ، ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة . قال : ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد -رحمه الله- حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً . وقال أبو يوسف-رحمه الله- : إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه

الواقف وقف في مرضه .

م: (**وفي المال ضيق**) ش: أي والحال أن في المال ضيقًا ، يعني لا مال سواه لا يسع المال الهبة ولا الوقف ، وأصله أن حكم هبة المريض كحكم الوهب حتى يصير خروجها من الثلث ، وكذلك الوقف ، ثم إن الوارث لما أبطله فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحًا ؛ لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت ، فإبطاله بعد الموت في القدر الذي بطل فيقدر على ذلك الوقف ولا يتعين الوقف في الجزء الشائع .

م: (**لأن الشيوع في ذلك طارئ**) ش: وهذا مجرى الرجوع في الهبة ظاهرًا ، وكذا في رجوع الورثة ؛ لأن حقهم يثبت في المال ثم سد فيكون طارئًا م: (**ولو استحق جزء مميز بعينه**) ش: يعني في المسألة المذكورة م: (**لم يبطل**) ش: أي الوقف م: (**في الباقي لعدم الشيوع**) ش: لأن المفسد هو الشيوع وهو منتف هنا.

م: (**ولهذا جاز في الابتداء**) ش: أي ولكون استحقاق جزء معين في المكان غير مانع جاز الوقف في ابتداء الأمر لعدم الشيوع المفسد م: (**وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة**) ش: أي للفقير ، يعني إذا استحق جزءًا معينًا لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي.

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -م: (**ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدًا**) ش: مثل أن يقول علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجدوا .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها**) ش: أي بعد تلك الجهة م: (**للفقراء وإن لم يسمهم**) ش: مثل : أن يثبت علي كذا وكذا، وعلى أمهات أولاده ، جاز ، صار بعدها للفقراء م: (**لهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك**) ش: يعني لا إلى ملك م: (**وأنه**) ش: أي وأن زوال الملك بدون التمليك م: (**يتأبد كالعتق**) ش: فإنه زوال الملك وهو متأبد .

م: (**فإذا كانت الجهة**) ش: التي عينها الواقف م: (**يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه**) ش: أي على

مقتضاه ، ولهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف -رحمه الله- أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى، وهو موفر عليه؛ لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ، ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد، فيصح في الوجهين ، وقيل : إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف-رحمه الله-لا يشترط ذكر التأبيد ؛ لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه ، لما بينا أنه

الوقف م: (**مقتضاه**) ش: وهو التأبيد م: (**ولهذا كان التوقيت**) ش: في الوقف م: (**مبطلاً له**) ش: أي للوقف كما إذا وقف داره عشرين سنة فلا يجوز م: (**كالتوقيت في البيع**) ش: إلى عشرة أيام مثلاً.

فإن قيل : كيف يستقيم قوله : إنه زوال الملك بدون التمليك على قول أبي حنيفة - رحمه الله- فإن عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ، ولم يزل ملكه ، وهذا تناقض .

أجيب : بأن في« المبسوط» و«الذخيرة» و«التتمة» وغيرها جعل زوال الملك بشرط التأبيد ،[وهو] قول محمد - رحمه الله -خاصة وقول أبي حنيفة - رحمه الله .

فعلى ما ذكر في الكتاب جاز أن يكون عند أبي حنيفة - رحمه الله -روايتان أو أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالاتفاق ، وفرع أبو حنيفة على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة .

م: (**ولأبي يوسف -رحمه الله - أن المقصود**) ش: من الوقف م: (**هو التقرب إلى الله تعالى**) ش: بالتصدق بالنفقة .

م: (**وهو موفر عليه**) ش: أي بالتقرب إلى الله تعالى موفر على جعل الوقف بجهة تنقطع وبجهة لا تنقطع م: (**لأن التقرب تارة يكون في التصرف إلى جهة تنقطع ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد**) ش: يعني لا تنقطع م: (**فيصح في الوجهين**) ش: فعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيًا ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتًا .

ولقائل أن يقول : هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف - رحمه الله - لأنه قال : وصار بعدها للفقراء فإن لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط .

والجواب : أن المروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أمران : أحدهما : أنه لا يشترط التأبيد أصلاً ، والثاني : أنه يشترط ، لكن لا يشترط ذكره باللسان .

والمصنف - رحمه الله -أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب ، واستدل عليه بقوله م: (**وقيل: إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف - رحمه الله - لا يشترط ذكر التأبيد ؛ لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه**) ش: أي عن التأبيد م: (**لما بينا**) ش: فيما مضى م: (**أنه**)

إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في «الكتاب» في بيان قوله ، وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم وهذا هو الصحيح ، وعند محمد -رحمه الله- ذكر التأبيد شرط ؛ لأن هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكـون مؤبداً ، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص . قال : ويجوز وقف العقار ؛لأن جماعة من الصحابة -رضوان الله عليهم - وقفوه

ش: أي أن الوقف م: (**إزالة الملك بدون التمليك كـالعتق ، ولهذا قـال في «الكتاب»**) ش: أي قـال في «مختصر القدوري» م: (**في بيـان قوله**) ش: أي قـول أبي يوسف - رحـمـه الله- م: (**وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم**) ش: أي الفقراء .

م: (**وهذا**) ش: أي كـون التأبيد شرطًا ، وذلك عند غير أبي يوسف - رحـمه الله -م: (**هو الصحيح ، وعند مـحمد - رحمه الله - ذكر التـأبيد شرط ؛ لأن هذه صدقة بالمنفـعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتًا وقـد يكون مؤبداً ، فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيـد فلا بد من التنصيص**) ش: على التأبيد ، وفي« الذخيرة »و«الأسرار» : لو قـال : أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفًا بالإجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفًا في قول عامة من يجيز الوقف أن الصدقة تثبت مؤبدة ؛ لأنها تحتمل الفسخ كالإعتاق .

وإذا انقطعت الجهة تصرف إلى المساكين ، وبه قـال مالك، وأحمد في رواية ، والشافعي في قول ، وقال الشافعي في قول: يصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية عن أحمد: يوضع في بيت المال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحـمه الله -م: (**ويجوز وقف العـقار**) ش: هذا لفظ ، وقـال المصنف - رحمه الله -م: (**لأن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - وقفوه**) ش: أي العقار وقد مر أن عمر - رضي الله عنه - وقف أرضًا تسمى ثمغ .

وفي «الخلافيات» للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي : تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم ، وتصدق عمر - رضي الله عنه - بربعه عند المروة على ولـده فهي إلى اليوم، وتصدق علي - رضي الله عنه - بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده فذلك إلى اليوم ، وتصدق سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - بربعه عند المروة وبداره بالمدينة وبداره في مصر على ولده ، فذلك إلى اليوم ، وعثمان - رضي الله عنه- تصدق بدومة فهي إلى اليوم، وعـمرو بن العـاص - رحـمـه الله - بالوهد بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده ، فـذلك إلى اليوم، وإلا يحضر في كثير .

ولا يجوز وقف ما ينقل، ويحول . قال -رحمه الله- وهذا على الإرسال لقول أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده ، جاز ، وكذا سائر آلات الحراثة ؛ لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعاً ، ما لا يثبت مقصوداً ، كالشرب في البيع ، والبناء في الوقف ، وأبو يوسف -رحمه الله- معه فيه ؛ لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده

م: (**ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول**) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله -م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (**وهذا على الإرسال**) ش: أي على الإطلاق ، ففي قوله في الكتاب: ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقًا من غير ذكر خلاف م: (**لقول أبي حنيفة - رحمه الله-** ، **وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها**) ش:[. . . .] وأكرتها بفتح الكاف [. . .] الأكار وهو الفلاح .

م: (**وهم عبيده**) ش: أي عبيد الواقف م: (**جاز ، وكذا سائر آلات الحراثة**) ش: أي وكذا يجوز وقف آلات الحراثة مع البقر .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المذكور من هذه الأشياء م: (**تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود**) ش: وهو الغلة م: (**وقد ثبت من الحكم تبعًا**) ش: أي بطريق التبعية م: (**ما لا يثبت مقصودًا**) ش: أي من حيث القصد م: (**كالشرب في البيع**) ش: أي لجواز الشرب في بيع الأرض م: (**والبناء في الوقف**) ش: أي ولجواز بناء الوقف تبعًا للأرض :

ولا يجوز وقفه مقصودًا م: (**وأبو يوسف -رحمه الله - معه**) ش: أي مع محمد - رحمه الله- م: (**فيه**) ش: أي في جواز وقف المنقول .

م: (**لأنه لما جاز إقرار بعض المنقول بالوقف عنده**) ش: أي عند محمد - رحمه الله -فيما يتعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والجنازة والمصحف لقراءة القرآن والقدور والمراجيل ، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه كوقف الثياب وغيرها من الأمتعة وقال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله- : يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه ، وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان .

وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب، فقيل : جائز في قول عامة الفقهاء وأهل العلم إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي - رحمهما الله- : أن وقف الطعام يجوز .

ولم يحكمه أصحاب مالك - رحمه الله -وليس بصحيح ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي ، أما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي - رحمهما الله -

فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . وقال محمد -رحمه الله- : يجوز حبس الكراع ، والسلاح ، معناه : وقفه في سبيل الله ، وأبو يوسف -رحمه الله- معه فيه على ما قالوا ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز ، لما بينا من قبل ، وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام: وأما خالد- رضي الله عنه- فقد حبس أدرعًا وأفراسًا له في سبيل الله تعالى ،

وعن أحمد [في قول] : لا يصح وقفه .

م: (**فلأن يجوز الوقف فيه**) ش: أي في المنقول م: (**تبعًا**) ش: أي من حيث التبعية م: (**أولى**) ش: بالجواز م: (**وقال محمد - رحمه الله - يجوز حبس الكراع**) ش: أي الخيل ، قال في «ديوان الأدب» : الكراع : الخيل .

وكذا فسره المصنف - رحمه الله -على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، والكراع من البعير والبقر والغنم ، ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع . كذا في «الصحاح» ، [و] المراد الأول .

م: (**والسلاح**) ش: أي وحبس السلاح أيضًا ، وقال المصنف م: (**معناه**) ش: معنى قول محمد - رحمه الله -يجوز حبس الكراع والسلاح م: (**وقفه في سبيل الله عز وجل ، وأبو يوسف معه**) ش: أي مع محمد م: (**فيه**) ش: أي في الجواز حبس الكراع والسلاح م: (**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ .

م: (**وهذا**) ش: أي جواز حبس الكراع والسلاح م: (**استحسان**) ش: أي بطريق الاستحسان م: (**والقياس أن لا يجوز ، لما بينا من قبل**) ش: أي من حبس شرط التأبيد ؛ لأن المنقول لا يتحقق فيه التأبيد لعدم بقائه م: (**وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه**) ش: أي في جواز حبس الكراع والسلاح م: (**منها**) ش: أي من الآثار م: (**قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ .

م: (**وأما خالد - رضي الله عنه - فقد حبس أدرعًا وأفراسًا له في سبيل الله تعالى**) ش: هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة - رضي الله عنه- قال : بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على الصدقة فمنع ابن جميل ، وخالد بن الوليد ، والعباس، فقال رسول الله ﷺ : « **ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد ، فإنكم تظلمون خالداً ، فقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله ..**» الحديث .

قوله : أعتده : جمع قلة عتاد بكسر العين ،وتخفيف التاء المثناة من فوق وهو ما أعده الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده ، وقال الدارقطني: قال أحمد بن حنبل : قال علي بن حفص : [من قال] : وأعتاد أخطأ فيه وصحفه ، وإنما هو أعتده ، والأدراع جمع درع وهي الزروية .

وطلحة - رضي الله عنه - حبس دروعه في سبيل الله تعالى ، ويروى: وأكراعه ، والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل ؛ لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها ، وعن محمد- رحمه الله -: أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات : كالفأس ، والمر ، والقدو، والمنشار ، والجنازة ، وثيابها ، والقدور، والمراجل ، والمصاحف،، وعند أبي يوسف : لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكرع والسلاح فيقتصر عليه ،

وقال ابن الأثير : وجاء في رواية وأعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد ، وقال الكاكي : وروي أن خالدًا جمع ثلاثمائة فرس في خلافة عمر - رضي الله عنه - مكتوب على لماذه حبس في سبيل الله .

م: (**وطلحة - رضي الله عنه - حبس دروعه في سبيل الله تعالى**) ش: هذا غريب جدًا ليس له أصل م: (**ويروى : وأكراعه**) ش: والرواية غير صحيحة من وجهين : أحدهما : أنها لم تنقل عن أحمد - رحمه الله -من الرواة الثقات ، والآخر من جهة اللفظ ؛ لأن كراعًا عليه وزن فعال ، ولم يسمع جمعه على أفعال .

م: (**والكراع : الخيل ، ويدخل في حكمه الإبل ؛ لأن العرب يجاهدون عليها**) ش: . وقال الأنباري : كان القياس أن يقول : في حكمها لأن الكراع مؤنث سماعي .

قلت : يجوز في المؤنث السماعي التذكير بالنظر إلى ظاهر اللفظ .

م: (**وكذا السلاح يحمل عليها**) ش: أي كما يقوى عليها محمد عليه السلام أيضًا فيحبس كذلك م: (**وعن محمد - رحمه الله -: أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات :كالفأس، والمر**) ش: بفتح الميم وتشديد الراء هو الآلة التي يعمل بها في الطين م: (**والقدوم**) ش: بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير ، وجمعه قدم قاله ابن رزين وهي التي فتحت بها .

م: (**والمنشار**) ش: بكسر الميم الآلة التي ينشر بها الخشب م: (**والجنازة**) ش: بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت م: (**وثيابها**) ش: أي ثياب الجنازة ، وهي التي تغطى بها الجنازة م: (**والقدور**) ش: جمع قدر م: (**والمراجل**) ش: بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحاس ، كذا في «ديوان الأدب » . وقال ابن دريد المرجل بمعروف عرفي صحيح .

قلت : الفرق بين القدر والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس ، والقدر قد تعمل من طين ويسمى المبيرام .

م: (**والمصاحف**) ش: جمع مصحف وهو مشهور م: (**وعند أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأن القياس إنما يترك بالنص، والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه**) ش: أي على النص

ومحمد - رحمه الله - يقول : القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء . وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقًا لها بالمصحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد تمسك للدين تعليمًا وتعلمًا وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد - رحمه الله - وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه ، وقال الشافعي - رحمه الله - كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ،

م: (**ومحمد - رحمه الله- يقول : القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء**) ش: أي في وقف هذه الأشياء المذكورة ، كالفأس والمر إلى آخره .

م: (**وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقًا لها بالمصحف**) ش: أي لأجل إلحاق وقف الكتب يجوز وقف المصاحف ، وقال صاحب «التحفة» : وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه على أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - . وقال في «النوازل » : سئل أبو نصر عن رجل وقف الكتب قال : كان محمد بن سلمة - رحمه الله -لا يجيزه ، وكان نصر بن يحيى يجيزه وقد وقف كتبه . وقال الفقيه : وكان أبو جعفر يخبر ذلك وبه يأخذ ، إلى هنا لفظ كتاب النوازل .

ونصر بن يحيى من كبار علمائنا في بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين ، وكان تلميذًا للحسن بن زياد ، ومات الحسن سنة أربع ومائتين ، وهو تلميذ أبي حنيفة ومحمد بن سلمة - رحمهما الله - مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين . وأبو نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة وأبو جعفر الهنداوني مات ببخارى سنة ست وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان أستاذ الفقيه أبي الليث كان أبو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصر جميعًا ، وهما تلميذا عصام بن يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين .

م: (**وهذا صحيح**) ش: أي قول نصر بن يحيى صحيح م: (**لأن كل واحد**) ش: أي من الكتب م: (**يمسك**) ش: على صيغة المجهول م: (**للدين**) ش: أي لأجل مصالح الدين معلمًا ، أي من حيث م: (**تعليمًا وتعلمًا**) ش: أي من حيث التعليم .

م: (**وقراءة**) ش: أي من حيث القراءة م: (**وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد - رحمه الله-**) ش: في جواز وقف الأشياء المذكورة ، وفي «فتاوى قاضي خان» ، اختلف المشايخ في وقف الكتب ، وجوزه الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى .

م: (**وما لا تعامل فيه**) ش: أي والذي لا يتعامل الناس فيه الوقف من المنقولات كالثياب والحيوان م: (**لا يجوز وقفه عندنا ، وقال الشافعي - رحمه الله - كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله**) ش: احترز به عن الدراهم والدنانير ، فإن الانتفاع الذي خلقته الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن سهمًا مع بقاء أصله في ملك .

ويجوز بيعه ويجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه ، فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما .

م: (**ويجوز بيعه**) ش: احترز به عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعه ، فكذا وقفه عنده أيضًا ، وقوله م: (**ويجوز وقفه**) ش: خبر قوله كلما يمكن م: (**لأنه يمكن الانتفاع به ، فأشبه العقار والكراع والسلاح**) ش: ووجه أن الأصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح ، أي فأشبه ما ينتفع به مع بقاء أصل العقار في صحة وقفه م: (**ولنا أن الوقف فيه**) ش: أي في النقول التي ذكرها .

م: (**لا يتأبد منه**) ش: أي والحال لابد من التأبيد ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه م: (**على ما بيناه**) ش: فيما حتى من اشتراط التأبيد م: (**فصار**) ش: أي كل ما ينتفع به مع بقاء أصله م: (**كالدراهم والدنانير**) ش: في عدم الجواز م: (**بخلاف العقار**) ش: فإن فيه التأبيد وإن لم يذكر ولم يشترط .

م: (**ولا معارض من حيث السمع**) ش: جواب عن قوله فأشبه العقار والكراع والسلاح أيضًا كالدراهم والدنانير كونه يعارض وأرجح من حيث السمع .

م: (**ولا من حيث التعامل**) ش: جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح معارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في [. . .] القدوم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيدة على ذلك ووجه أن لها معارضًا من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها .

م: (**فبقي على أصل القياس وهذا**) ش: استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع بهما غير جائز فقال م: (**لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين**) ش: أي معظم الدين لأنه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف .

م: (**فكان معنى القربة فيهما**) ش: أي في الكراع والسلاح م: (**أقوى**) ش: لأن الكراع آلة الجهاد، الذي هو فرض كفاية ، والقربة بسائر المقولات تطوع م: (**فلا يكون**) ش: في معناه ، فلا يكون م: (**غيرهما**) ش: أي غير الكراع والسلاح م: (**في معناهما**) ش: يقولهما ولم ينكر التعامل اعتمادًا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك في العبد .

قال صاحب «المحيط» : وقف مائة وخمسين دينارًا على مرضى الوصية تصح وتدفع الذهب إلى إنسان بمضاربة يتعلمها يستعملها ويصرف الربح ، وفي «المحيط» : وكذلك وقف الدراهم ، والمكيل والموزون .

قال : وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعًا عند أبي يوسف - رحمه الله - فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته ، أما امتناع التمليك فلما بينا. وأما جواز القسمة فلأنها تميز وإفراد غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرًا للوقف ، فلم يكن بيعًا وتمليكًا ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له ، فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع

قال تاج الدين - رحمه الله -: لا يجوز صرف الأودية الموقوفة في الماشان إلى الغني ، ولا يجوز وقف الأودية فيه إلا إذا ذكر الفقراء ، ولو قال : على الفقراء والأغنياء يجوز ، وتدخل الأغنياء تبعًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعًا عند أبي يوسف - رحمه الله - فيطلب الشريك القسمة ، فيصح مقاسمته**) ش: إلى هنا لفظ القدوري - رحمه الله - .

وقال المصنف - رحمه الله -م: (**أما امتناع التمليك فلما بينا**) ش: أشار به إلى ما ذكر في أوائل الكتاب من قوله عليه السلام لعمر - رضي الله عنه - : « **تصدقا بأصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب** » ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ، وهذا قوله : ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - حتى يجعل آخره لجهة لا يقطع أبدًا .

ويجوز أن يكون إشارة إلى ما ذكر من المعنى بقوله ، ولأن الحاجة ماسة إلى آخره، وقوله إلا أن يكون مشاعًا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع الساعة .

م: (**وأما جواز القسمة فلأنها**) ش: أي فلأن القسمة م: (**تميز وإفراز**) ش: أي تميز للحقوق ، وإفراد كل نصيب منه والممنوع التمليك لا الإفراد م: (**غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المباذلة**) ش: وهي في العقار والعروض والحيوانات للتفاوت المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت ، فإن الإفراد هو الغالب منها .

م: (**إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرًا للوقف**) ش: في حق الفقراء م: (**فلم يكن**) ش: القسمة فيه م: (**بيعاً وتمليكًا**) ش: فرع المصنف على مسألة القدوري فقال : م: (**ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه**) ش: لا القاضي م: (**لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع**) ش: أي الواقف

نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِمًا ومقاسَمًا ، ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء . قال والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط ، لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان

م: (نصيبه الباقي) ش: من العقار وهو النصف .

م: (من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسمًا) ش: بكسر السين م: (ومقاسمًا) ش: بفتح السين ، لأن القسمة تجري بين اثنين ، فلا يتأتى في واحد .

م: (ولو كان في القسمة فضل دراهم) ش: بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بأن الجودة دراهم م: (إن أعطى) ش: أي المشتري م: (والواقف ذلك) ش: أي فضل دراهم م: (لا يجوز لامتناع بيع الوقف) ش: لأن الأخذ للدراهم إذا كان الواقف يصير بائعًا بعض الوقف ، فلا يجوز بيع الوقف .

م: (وإن أعطى الواقف) ش: أي وإن أعطى الواقف الشريك م: (جاز) ش: لأن الواقف مشتر لا بائع ، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه لوقفه م: (ويكون بقدر الدراهم شراء) ش: أي يكون للمشتري وليس بوقف .

كذا في «الفتاوى الظهيرية»، و«الكافي »، وفي «النهاية» : ويصير الواقف مشتريًا بمقابلة الدراهم وقفًا أي كذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) ش: إلى هنا كلام القدوري ثم قال المصنف م: (لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدًا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط) ش: الواقف والعمارة اقتضى ضرورة التصدق .

م: (ولأن الخراج بالضمان) ش: معناه الغلة سبب أن ضمنت وقد مر بيانه في أول كتاب اللقيط يعني لما كان صلة الوقف للموقوف عليهم كانت العمارة أيضًا عليهم .

(وقال الأكمل - رحمه الله -: قوله الخراج بالضمان لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لإجراء معارضة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مرة مقابلة منفعته ، ومعناه ما ذكرناه الآن ولم يبين أصلاً الحديث ، فنقول حديث أبي عبيدة - رضي الله عنه- في كتاب «غريب الحديث» عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن [. . . .] - رحمه الله .

وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ، فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر لهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي ماله شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما تبقى الموقوف على الصفة الذي وقفه ، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه ، والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه .

وعن عروة - رضي الله عنه - وعن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه -والله أعلم- الرجل يشتري المملوك[. . .] فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب، ويرجع بالثمن فيأخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت له الغلة لأنه كان ضامنًا للعبد ، ولو فات من مال المشتري لأنه في يده إلى هنا لفظ أبي عبيد .

م: **(وصار)** ش: أي حكم م: **(كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها)** ش: أي فإن نفقته م: **(على الموصى له بها)** ش: أي بالخدمة ، لأن الغرم بإزاء الغنم والخراج بالضمان م: **(ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر بهم)** ش: أي بالفقراء والظفر الفوز ، وإنما لا يظفر بهم لأنهم لا يحصون .

م: **(وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها)** ش: أي فتجب العمارة في الغلة م: **(ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهي)** ش: أي العمارة م: **(في ماله)** ش: أي ماله م: **(شاء في حال حياته ولا يأخذ من الغلة)** ش: أي لا يأخذ منها صاحبها لأنه قال في مال أي مال شاء .

وهذه الغلة أيضًا من ماله ، فلو لم يفد بذلك فمقتضى كلامه ما قاله الأكمل .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن الموقوف عليه معنى م: **(معين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب)** ش: أي الوقف م: **(يبنى على ذلك الوصف)** ش: أي الذي كان الواقف وقفه عليه .

م: **(لأنها)** ش: أي لأن العمارة م: **(بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليها ، فأما الزيادة على ذلك)** ش: أي على الوصف الذي وقف الواقف بذلك الوصف .

م: **(فليست)** ش: أي الزيادة م: **(بمستحقة)** ش: أي على الموقوف م: **(عليه والغلة مستحقة له)** ش: أي للموقوف عليه م: **(فلا يجوز صرفها)** ش: أي صرف ما يستحقه م: **(إلى شيء آخر)** ش: من زيادة العمارة م: **(إلا برضاه)** ش: أي برضاء الموقوف عليه .

ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته . فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً والأول أولى ، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك .

م: (**ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك**) ش: أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها م: (**عند البعض**) ش: أي بعض المشايخ .

م: (**وعند الآخرين يجوز ذلك**) ش: أي ما يعمل من الزيادة م: (**والأول**) ش: أي عدم جواز الزيادة في البناء م: (**أصح**) ش: مما قاله البعض م: (**لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر**) ش: عن قريب م: (**وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته**) ش: نفقته تجب عليه لأن الغرم بالغنم .

م: (**فإن امتنع**) ش: أي ولده م: (**من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها**) ش: أي القاضي م: (**تفوت السكنى أصلاً والأول**) ش: أي عمارة القاضي الوقف بالأجرة م: (**أولى**) ش: من البطالة ، لأنه يفضي إلى استيصال حق السكنى .

م: (**ولا يجبر الممتنع**) ش: أي عن العمارة من الموقوف عليهم م: (**على العمارة لما فيه من إتلاف ماله**) ش: بالنفقة على العمارة فله الامتناع من الضرر وهو إتلاف ماله م: (**فأشبه امتناع**) ش: حال هذا الممتنع م: (**صاحب البذر في المزارعة**) ش: بأن عقد اثنان عقد المزراعة وأحدهما عليه البذر ، ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر ، وهو إتلاف ماله .

م: (**ولا يكون امتناعه**) ش: من العمارة م: (**رضًا منه ببطلان حقه ، لأنه في حيز التردد**) ش: أي في ناحية التردد ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون امتناعه لعدم القدرة بعدم النفقة ، ويحتمل أن يكون لرجائه إصلاح القاضي ومؤنته ، ويحتمل أن يكون لإبطال حقه بالنزول عنه ، فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك .

م: (**ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك**) ش: للعين لأن الإجارة تملك المنافع

قال : وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعين وصرف ثمنه إلى المرمة صرفًا للبدل إلى مصرف المبدل .ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف

بعوض، والتمليك إنما يتحقق من المالك ، وهنا من له السكنى ليس بمالك للسكنى ، وإنما تجب منفعة السكنى ليسهل الثواب الواقف ، ونوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها .

وأجيب : بأنه مالك المنفعة ، ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ، ومن له السكنى أقيمت له النفقة ، ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء العقد مقام المنفعة في ابتداء الوقف ، ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(ومن هدم من بناء الوقف وآلته)** ش: قال صاحب« النهاية» قوله وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالعطف على النبي بمعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن يلي خشب الوقف .

وقيد ويحتمل أن يكون مرفوعًا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة م: **(صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لابد من العمارة ليبقى)** ش: أي الوقف م: **(على التأبيد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه)** ش: أي إلى أن يعمر الوقف م: **(في الحال صرفها)** ش: أي إلى ما انهدم من البناء وآلته م: **(فيها)** ش: أي في العمارة م: **(وإلا أمسكها)** ش: أي إن لم يمس الحاجة إلى العمارة في الحال سلمها م: **(حتى لا يتعذر عليه)** ش: أي على الحاكم .

م: **(ذلك)** ش: أي الصرف م: **(أوان الحاجة)** ش: أي وقت الاحتياج م: **(فيبطل المقصود)** ش: من الوقف م: **(وإن تعذر إعادة عينه)** ش: أي عين ما انهدم م: **(إلى موضعه بيع)** ش: أي باعه القاضي م: **(وصرف ثمنه إلى المرمة)** ش: أي إلى الإصلاح ، يقال : رم البناء يرمه رمًا ومرمة إذا أصلحه م: **(صرفًا للبدل)** ش: وهو الثمن م: **(إلى مصرف المبدل)** ش: وهو الوقف م: **(ولا يجوز أن يقسمه)** ش: هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف م: **(يعني النقض)** ش: بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض، وهو اسم للبناء المنقوض م: **(بين مستحقي الوقف)** ش: من تتمة كلام القدوري ، والنون فيه سقطت للإضافة .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن النقض م: **(جزء من العين)** ش: أي من عين الوقف م: **(ولا حق للموقوف**

عليهم فيه ، وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال : وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف ، قال - رضي الله عنه- ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه ، أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله - ،ولا يجوز على قياس قول محمد - رحمه الله - وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي- رحمه الله - وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز، وقيل هي مسألة مبتدأة ،

عليهم فيه) ش: أي في النقض م: **(وإنما حقهم)** ش: أي حق المستحقين م: **(في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم)** ش: لما فيه من الظلم ، فلا يجوز .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف - رحمه الله -)** ش: وبه قال أحمد - رحمه الله -وابن أبي ليلى والزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي - رحمه الله .

م: **(قال)** ش: أي المصنف - رحمه الله -م: **(ذكر)** ش: أي القدوري م: **(فصلين)** ش: أحدهما هو م: **(شرط الغلة لنفسه)** ش: والآخر هو قوله : م: **(وجعل الولاية إليه)** ش: أما م: **(الأول)** ش: وهو جعل الغلة لنفسه م: **(فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -)** ش: وقال الولوالجي - رحمه الله -في «فتاواه» ومشايخ بلخ - رحمهم الله - أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله - ، والصدر الشهيد - رحمه الله -أيضًا كان يفتي به أيضًا ترغيبًا للناس في الوقف .

م: **(ولا يجوز على قياس قول محمد - رحمه الله - وهو قول هلال الرازي - رحمه الله - وبه قال الشافعي - رحمه الله -)** ش: وبه قال مالك وهلال الرازي وأضيف هلال إلى الرازي لكونه من أصحاب الرازي ، وفي «المغرب» الرازي تصحيف .

قلت : ما وقع في نسخ الهداية إلا الرازي ، والصواب ما قاله صاحب «المغرب» وهو هلال ابن يحيى البصري هو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري - رحمه الله -وهو من أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله -ووصية أبي حنيفة - رحمه الله -مشهورة يجب حفظها لكل فقيه . وقيل : إن هلالاً أخذ الفقه عن أبي يوسف - رحمه الله -وزفر - رحمه الله - أيضًا .

م: **(وقيل إن الاختلاف بينهما)** ش: أي بين أبي يوسف - رحمه الله -ومحمد - رحمه الله - م: **(بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز)** ش: يعني عند أبي يوسف - رحمه الله- لا يشترط ذلك خلافًا لمحمد ، فلا جرم أبو يوسف - رحمه الله -صحح شرط الغلة لنفسه لأنه لا يشترط القبض والإفراز ومحمد - رحمه الله -لم يصححه لأنه يشترطهما م: **(وقيل هي مسألة مبتدأة)** ش: يعني الخلاف واقع فيها ابتداء .

والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقد قيل هو على الخلاف أيضًا وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد - رحمه الله- أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه ، فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله ، لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد بنفسه ، ولأبي يوسف - رحمه الله - ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ،

وقال الهندواني : ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد - رحمه الله -إلا شيء ذكره في كتاب الوقف قال: إذا وقف على أمهات أولاده جاز لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه ؛ لأن ما يكون لأم ولده حال حياته يكون له .

م: (**والخلاف**) ش: أي بين أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - م: (**فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء**) ش: هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني م: (**ولو وقف وشرط البعض أو الكل**) ش: أي بعض العلة أو كلها م: (**لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقد قيل هو على الخلاف أيضًا**) ش: عند أبي يوسف - رحمه الله -يجوز وعند محمد - رحمه الله -لا يجوز .

م: (**وهو الصحيح**) ش: احترازًا عن القول الأول، هو القول بالجواز بالاتفاق ، ولكنه مخالف لرواية« المبسوط» و«الذخيرة» ،و«التتمة» ،و«فتاوى قاضي خان »، فإن فيها جعل جواز الوقف علمين بالاتفاق م: (**وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه**) ش: أشار به إلى قوله لابد من التسليم إلى المتوسط م: (**فاشتراط البعض**) ش: أي بعض الغلة م: (**أو الكل**) ش: أو اشتراطه كل الغلة م: (**لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق**) ش: لأنه جعل فقه ملكه فقه لنفسه .

م: (**فصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما في الصدقة المنفذة**) ش: فإنه لا يجوز أن يسلم قدرًا من ماله على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له ، فهذا الشرط باطل م: (**وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه**) ش: بالجر عطفًا على الصدقة المتعذرة بأن وقف مسجدًا وشرطه أن يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا غير جائز .

م: (**ولأبي يوسف - رحمه الله - ما روي أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته**) ش: هذا غريب ليس له أصل . روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي

والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ، فدل على صحته ،ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القرابة على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكًا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز كما إذا بنى خانًا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة ، وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القربة، وفي التصرف إلى نفسه ذلك . قال عليه السلام : نفقة الرجل على نفسه صدقة ،

حنيفة - رحمه الله - حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجة الدري ، قال صدقة النبي ﷺ : يأكل منها أهلها بالمعروف م: **(والمراد منها صدقته الموقوفة)** ش: بمعنى قوله كان من صدقته الموقوفة وصحة هذا المعنى على صحة هذا الحديث المذكور فلم يصح .

وقد قال الأترازي - رحمه الله -: وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - ما رواه زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» . . انتهى .

قلت : هذا لا يغني شيئًا في الاستدلال على المدعى م: **(ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط)** ش: لأن أكل الواقف لا يخلو من أحد الأمرين إلا أن يكونا شرطًا أولاً ، والثاني لا يحل بالإجماع فتعين الأول م: **(فدل على صحته)** ش: أي صحة الشرط م: **(ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه)** ش: إشارة إلى ما ذكر عند قوله : ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدًا بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإلى قوله لأبي يوسف أن المقصود هو المعتبر فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة .

م: **(فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكًا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانًا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله)** ش: أي في الخان م: **(أو يشرب منه)** ش: أي من السقاية م: **(أو يدفن فيه)** ش: أي في المقبرة ويذكر الضمير في الموضعين باعتبار المذكور .

م: **(ولأن مقصوده)** ش: أي مقصود الواقف م: **(القربة وفي التصرف إلى نفسه ذلك)** ش: أي حصول التقرب م: **(قال عليه السلام)** ش: أي قال النبي ﷺ م: **(نفقة الرجل على نفسه صدقة)** ش: هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث المقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال : «ما كسب الرجل كسبًا أطيب من عمل يده ، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة »[1] ،

---

(١) ابن ماجة في التجارات - باب الحث على المكاسب (٢١٣٨) .

ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضًا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله- وعند محمد - رحمه الله - الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف - رحمه الله - وعند محمد - رحمه الله- الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا ، وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو قول هلال أيضًا وهو ظاهر المذهب ،وقال هلال في وقفه ، وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن

وروى ابن حبان عن أبي سعيد عن النبي ﷺ **قال : « أيما رجل كسب مالاً من حلال فأطعمه لنفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فإن له به زكاة »** ورواه الحاكم في «مستدركه» وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

م: **(ولو شرط الواقف أن يستبدل به)** ش: أي بوقفه م: **(أرضًا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز)** ش: والشرط باطل وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - والقياس لا يجوز الوقف والشرط ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله -في رواية ، وفي «الفتاوى الصغرى»عن «السير الكبير» أن استدلال الوقف باطل لا رواية .

م: **(عند أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف - رحمه الله-)** ش: كما هو مذهبه في التوسع في الوقف .

وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار صدقة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف - رحمه الله -أيضًا ، وفي «النوازل» قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسألة ، وقال : إذا وقف على أنه الخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقتًا أو لم يبين . وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -أنه قال يبين للخيار وقتًا معلومًا جاز الوقف والشرط ، وإن لم توقت وقتًا فالوقف والشرط باطلان .

م: **(وعند محمد - رحمه الله - الوقف باطل)** ش: وبه قال هلال م: **(وهذا)** ش: أي الخلاف المذكور م: **(بناء على ما ذكرنا)** ش: أشار به إلى أنه جعل عليه الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -، فإنه لما جاز أن بنى الواقف الغلة لنفسه ما دام حيًا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لرأي النظر فيه .

م: **(وأما فضل الولاية فقد نص فيه)** ش: أي فقد نص القدوري في فضل الولاية بالجواز م: **(على قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو قول هلال أيضًا ، وهو ظاهر المذهب ، وقال هلال في وقفه ، وقال أقوام - رحمهم الله -)** ش: أي بعض المشايخ م: **(إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ، وإن**

لم يشترط لم تكن له ولاية . قال مشايخنا : الأشبه أن يكون هذا قول محمد - رحمه الله - لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهة الوقت بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء. كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد - رحمه الله -) ش: أن الذي ذكره هلال في وقفه وهو أن تكون الولاية للواقف إذا شرط وإلا فلا .

م: **(لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه)** .

فإن قلت : مذهب محمد - رحمه الله -أن التسليم إلى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه هنا في التسليم فما وجهه؟

قلت : لا نسلم المنافاة لأن شرط الولاية سابق ، والتسليم لاحق بعد ذلك هل يكون له الولاية أم لا ؟ قال : إذا وجد الشرط أولاً كانت له الولاية وإلا فلا .

م: **(ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية ، وغيره يستفيد الولاية منه)** ش: قوله ولنا إلى آخره استدلال لأبي يوسف - رحمه الله- وعبر عنه بقوله إشارة إلى أنه المختار .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الوقف م: **(أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه)** ش: وقال أبو نصر : العمارة للباني ، وأما نصب المؤذن والإمام لأهل المحلة ، ولا يكون للباني منهم ذلك . وقال أبو بكر الإسكاف : الباني أحق بنصبيهما من غيره كما العمارة كالقاضي ، وقال أبو الليث : وبه نأخذ إلا أن يريد الثاني إماماً ومؤذناً والقوم يريدون أصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا في «النوازل» .

م: **(وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها)** ش: أي الولاية م: **(من يده نظراً للفقراء كما له)** ش: أي للقاضي م: **(أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكذا)** ش: أي للقاضي أن يخرجه م: **(إذا شرط أن ليس للسلطان ، ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل)**

....

ش: لأن الشرع أطلق للقاضي إخراج من كان متهمًا دفعًا للضرر من الفقراء.

ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف وأن للواقف إخراجه فذلك .

ولو شرط أن ليس له إخراج القيم بطل شرطه لأنه مخالف لحكم الشرع إن لازمه وكالة وهي ليست بلازمة .

ولو جعلت الولاية إليه في حياته وبعد مماته كان جائزًا وهو وكيل في حياته ووصي بعد وفاته .

فرع: لو قال أرضي موقوفة إن شئت أو أجيب كان الوقف باطلاً لأن تعليقه بالشرط باطل .

وكذا لو قال: أرضي صدقة موقوفة إن شئت ثم قال : شئت وكان الوقف باطلاً ، ولو قال: شئت وجعلها صدقة موقوفة صح لأنها ابتداء وقف له .

* * *

فصل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لابد من التسليم عند أبي حنيفة - رحمه الله -ومحمد-رحمه الله- ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ، ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا عن محمد - رحمه الله - ، لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد - رحمه الله - أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب .

م: (فصل)

ش: لما كان أحكام هذا الفصل غير الأحكام التي قبله فصل ذلك بفصل على حدة م: **(وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ، ويأذن للناس بالصلاة فيه ، فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة - رحمه الله -)** ش: هذا كله لفظ القدوري ، وقال المصنف - رحمه الله - : م: **(أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويشترط تسليم نوعه)** ش: أي يشترط تسليم كل شيء على ما يليق به .

م: **(وذلك في المسجد بالصلاة فيه)** ش: وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه م: **(أو لأنه لما تعذر القبض)** ش: لعدم نقص حقيقته بعلم م: **(يقام تحقق المقصود)** ش: وهو الصلاة فيه م: **(مقامه)** ش: أي مقام القبض .

م: **(ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه)** ش: أي في المسجد م: **(في رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا عن محمد - رحمه الله - في رواية لأن فعل الجنس)** ش: وهو صلاة الكل م: **(متعذر فيشترط أدناه)** ش: أي أدنى فعل الجنس وهو صلاة الواحدة لتعذر فعل الكل ، فإن الواحد عن الكل فيما هو حقهم ، وفي «المبسوط» : المسجد موضع المسجد ، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة . م: **(وعن محمد - رحمه الله - أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب)** ش: أي قبل الصلاة بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عن أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله .

وإذا صلى فيه واحد أو جماعة وحداناً قبل يكون قبضاً فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» عن أبي حنيفة - رحمه الله -روايتان : في رواية لا يكون قبضاً وفي رواية يكون قبضاً ، وقال فخر الإسلام - رحمه الله -في شرح «الجامع الصغير» : وإن صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم فيه عند محمد - رحمه الله - أيضاً .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - يزول ملكه بقوله جعلته مسجدًا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصًا لله تعالى في سقوط حق العبد ، وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل . قال ومن جعل مسجدًا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقًا به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدًا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك يتحقق في السفل دون العلو ،

وقال في «الذخيرة» عن محمد - رحمه الله - : إنه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل حينئذ عن محمد - رحمه الله -روايتان أيضًا ، هذا إذا صلى فيه ، أما إذا لم يصل فيه لكنه دفع إلى المتولي فهل يكون ذلك قبضًا على قولهما ، فيه اختلف المشايخ - رحمهم الله - ذكره شيخ الإسلام، قيل بأنه قبض لأن المسجد له خادم يكبر ومغلق الباب والتسليم إليه قبض كما في سائر الأوقات ، وقيل : يقبض لأن المسجد ليس لها متول كما يكون كسائر الأوقات ، واختلف المشايخ إذا جعل أرضه مقبرة ، ودفعها إلى المتولي ولم يذكر محمد - رحمه الله -في «المبسوط » فقال بعضهم : إنه قبض كما في الخان والسقاية .

وقال بعضهم ليس بقبض لأن المقبرة لا يكون لها متول ، وإنما ذكر محمد - رحمه الله -في المقبرة أنه إذا دفن فيها واحد أو اثنان فإنه يصير قبضًا م: (**وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدًا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصًا لله تعالى في سقوط حق العبد، وصار كالإعتاق**) ش: لأنه إسقاط للملك ، وبه قالت الثلاثة م: (**وقد بيناه من قبل**) ش: أشار به إلى قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله- ومحمد - رحمه الله - بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأكد كالعتق .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**ومن جعل مسجدًا تحته سرداب**) ش: بكسر السين معرب سرورية وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وهي معروفة سردابة م: (**أو فوقه**) ش: أي فوق المسجد م: (**بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه**) ش: أي لا يكون مسجدًا م: (**وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقًا به**) ش: والمسجد ما يكون خالصًا لله تعالى .

م: (**ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس**) ش: لأنه حينئذ لا يكون السرداب مملوكًا لأحد كما أن سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لأحد م: (**وروى الحسن - رحمه الله - عنه**) ش: أي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - م: (**أنه قال : إذا جعل السفل مسجدًا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك**) ش: أي التأبيد م: (**يتحقق في السفل دون العلو**)

وعن محمد - رحمه الله - على عكس هذا ، لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل ، يتعذر تعظيمه ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد - رحمه الله - أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا . قال وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه ، يعني له أن يبيعه ، ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيطًا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً ؛ لأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى ، وعن محمد- رحمه الله - أنه

ش: فإنه لا يتأبد فيه .

م: (**وعن محمد - رحمه الله - على عكس هذا**) ش: أي روي عن محمد - رحمه الله - عكس هذا بأن جعل العلو مسجداً صح ، وإذا جعل السفل لا يصح م: (**لأن المسجد يعظم، وإن كان فوقه مسكن أو مستغل**) ش: أي يكرى للاستغلال م: (**يتعذر تعظيمه**) ش: .

وعن بعض المشايخ إذا كان العلو مسجداً والسفل حوانيت موقوفة على المسجد أو على الأغلب لا بأس به لأن الكل منقطع عن حقوق العباد ، ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول من يجوز اتخاذ العلو مسجداً ، قيل لا يجوز قياساً على الحوض الخاص وقيل يجوز .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه جوز في الوجهين**) ش: يعني إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت م: (**حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد - رحمه الله -أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا**) ش: أي للضرورة.

وإنما أعاد ذكر قول محمد - رحمه الله -بهذا الطريق ولم يقله عن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء [. . .] ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولزيادة [. . .] التعليم بلفظ الكل ، وكذلك عطف على قوله ، ومن جعل مسجداً تحته سرداب فله أن يبيعه .

م: (**قال وكذلك**) ش: أي يبيعه م: (**إن اتخذ وسط داره مسجداً ، وأذن الناس بالدخول فيه**) ش: وهذه من مسائل« الجامع الصغير» ، وقوله : م: (**يعني له أن يبيعه**) ش: من كلام المصنف - رحمه الله -ولقوله وسط بسكون السين إذ المراد غير معين ، **وقال الكاكي** - رحمه الله - : هذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين .

م: (**ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيطًا بجوانبه**) ش: أي بجوانب المسجد م: (**كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى، وعن محمد - رحمه الله -**) ش: أي روي عنه في هذه المسألة أنه قال : م: (**أنه**) ش: أي أن

لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر مسجداً ، وهكذا عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقًا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ، قال : ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه ؛ لأنه محرز عن حق العباد فصار خالصًا لله تعالى ، وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ، ولو خرب ما حول المسجد ، واستغني عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف - رحمه الله - لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد - رحمه الله - يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر .

هذا المسجد م: (**لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر**) ش: أي محمد - رحمه الله - م: (**مسجداً ، وهكذا**) ش: أي روي م: (**عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي كونه مسجداً ، ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقًا كما يدخل**) ش: أي الطريق م: (**في الإجارة من غير ذكر**) ش: بمعنى وإن لم يذكر ويدخل فيه الطريق ، فصار مستحقًا .

م: (**ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محرز**) ش: أي مخلص م: (**عن حق العباد ، فصار خالصًا لله تعالى**) ش: لكن هذا إذا سلم إلى المتولي أو صلى فيها بجماعة ، أما إذا لم يصل فيه بجماعة ، ولم يؤخذ التسليم لا يصح الوقف لأن التسليم أو الصلاة بجماعة شرط عند أبي حنيفة - رحمه الله-ومحمد - رحمه الله - في الصلاة وحدانًا اختلاف الرواية .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لقوله م: (**لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله**) ش: وهو كونه لله تعالى م: (**فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق**) ش: فإنه لما أحرز مملوكه رجع إلى أصله وهو الرقة فانقطع حقه عنه م: (**ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه**) ش: على صيغة المجهول أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه م: (**يبقى مسجداً**) ش: على حاله م: (**عند أبي يوسف - رحمه الله - لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه ، وعند محمد - رحمه الله - يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته ، وقد انقطعت**) ش: أي القربة .

م: (**فصار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف - رحمه الله - يقول في الحصير والحشيش :إنه ينقل إلى مسجد آخر**) ش: وكذا قنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك مسجده ، وكما لو كفن ميتًا فافترسه سبع عاد إلى ملك مالكه وكالمحصر إذا بعث الهدي ثم زال

قال : ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانًا يسكنه بنو السبيل أو رباطًا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه ، عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم ، وعند محمد - رحمه الله - إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط ، والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء .

وقال أبو العباس الناطفي - رحمه الله - في «الأجناس» : قال محمد - رحمه الله- في «النوادر» : إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه . وكذلك الفرس إذا جعله حبسًا في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى أهل المسجد آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في مكمل المسجد الآخر فلا بأس بذلك .

ثم نقل الناطفي عن كتاب «الصلاة» مسجد بأوائله وعطلت الصلاة فيه لم يجز للآخر أن يهدمه ، ولا يجبر به منزلاً ولا يبيعه ، قال الناطفي : هذا عند قول أبي يوسف - رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -م: (**ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانًا يسكنه بنو السبيل أو رباطًا**) ش: وهو الموضع الذي يرابط فيه ناس أيام السفر بإزاء العدو م: (**وجعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه لم ينقطع عنه حق العبد ، ألا ترى أن له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت ، كما في الوقف على الفقراء ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم . وعند محمد - رحمه الله - إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه**) ش: لأن كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى ، وفي الرباط بالنزول ، وفي السقاية بالشرب ، وفي المقبرة بدفنهم

م: (**وذلك بما ذكرناه**) ش: أي التسليم يحصل بالاستسقاء والسكنى والنزول والدفن في

ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ، وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ، ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه ، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمًا لأنه لا تدبير للمتولي فيه ، وقيل يكون تسليمًا لأنه يحتاج إلى ما يكنسه ويغلق بابه ، فإذا سلم إليه صح التسليم ، والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولي له عرفًا ، وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي يصح ، وإن كان بخلاف العادة ، ولو جعل دارًا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنًا للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز، ولا رجوع فيها

السقاية والخان والرباط والمقبرة م: (**ويكتفى بالواحد**) ش: أي باستسقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد م: (**لتعذر فعل الجنس كله**) ش: يعني لتعذر استيفاء جميع الناس من السقاية ، وسكن الجميع في الخان والرباط وكذا دفن الجميع .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى هذا الحكم المذكور م: (**البئر الموقوفة والحوض**) ش: أي حكم البئر والحوض الموقوفات على الحكم المذكور م: (**ولو سلم إلى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها**) ش: أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة م: (**لأنه**) ش: أي المتولي م: (**نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب**) ش: وهو القبض م: (**كفعل المنوب عنه ، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمًا لأنه لا تدبير للمتولي فيه ، وقيل يكون تسليمًا لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه، وإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل ؛ لأنه لا متولي له عرفًا**) ش: أي في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه .

م: (**وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولي لأنه لو نصب المتولي**) ش: أي لأن الواقف لو نصب المتولي على المقبرة م: (**يصح**) ش: فإذا صح يعتبر قبضه م: (**وإن كان**) ش: أي نصب المتولي على المقبرة م: (**بخلاف العادة ، ولو جعل دارًا له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى**) ش: وهو اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى الماء في قوله أسائرًا تهجرون م: (**والمعتمرين**) ش: أي والمعتمرين م: (**أو جعل داره في غير مكة سكنًا للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور**) ش: الثغر موضع المخافة من بروج البلدان م: (**سكنى للغزاة والمرابطين**) ش: جمع مرابط ، يقال رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو ومرابطة ورباطًا .

م: (**أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها**

لما بينا إلا أن في الغلة يحل الفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير، والفارق هو العرف في الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب.

لما بينا) ش: أشار به إلى قوله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق.

م: (**إلا**) ش: هذا الاستثناء لبيان الفرق بين جعل غلة الأرض للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله م: (**إن في الغلة**) ش: أي غلة الأرض م: (**يحل للفقراء دون الأغنياء**) ش: إلا بالتنصيص، وبين جعل الدار سكنى إلى آخر ما يذكره، أشار إليه بقوله :م: (**وفيما سواه**) ش: أي فيما سوى المذكور م: (**من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق**) ش: بين هذا وبين الذي قبله م: (**وهو العرف بين الفصلين، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها**) ش: أي وفي الغلة المستوية أي يريدون م: (**التسوية بينهم**) ش: أي بين الفقراء وبينم: (**الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه**) ش: أي لقيام الغني فإنه مستغني بمال نفسه عن صدقة غيره، وإما لا مستغني عن الحال للنزول. وعن المقبرة للدفن، وعن الماء للشرب منه، إذ كل واحد لا يقدر أن يشتري في كل منزل موضعًا ولا يستصحب الماء لنفسه في كل مكان فتحت للغني والفقير، والله أعلم.

فروع: وفي« فتاوى الظهيرية» سئل الحلواني عن أوقاف إذا تعطلت وتعذر اشتغالها هل للمتولي ثبتها ويشتري مكانها أخرى؟ قال: نعم. وبه قال أحمد - رحمه الله - وقد يجوز قبل أن يتعطل، ولكن يأخذ ثمنها ما هو خير منها.

ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل، وبه قال الشافعي ومالك - رحمهما الله -، وكذا لم يجوز الابتداء بما هو خير منها، وهكذا حكي عن شمس الأئمة.

قال أبو يوسف: يجوز الاستبدال، وعن محمد - رحمه الله - أنه قال: إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين للقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، ولو سكن دار الوقف بغير أجرة بإذن المتولي أو بغير إذنه يجب عليه أجر المثل سواء كانت بعدة الاستغلال أو لا، وعليه الفتوى.

وفي «الأجناس»: حانوت وقف صحيح احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفية، وكذا الرباط إذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثًا. ولو بنى

....

رجل على هذه الأرض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، وفي «العتبية » : قال تاج الشريعة - رحمه الله - : مبادلة دار الوقف بدار أخرى ، إنما يجوز إذا كانتا في محلة واحدة ، أو تكون محلة المملوك جزءاً من محلة موقوفة ، وعلى عكسه لا يجوز ، وإن كانت المملوكة أكبر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة رغبات النفس فيها .

والله الموفق للصواب .

***

تم الجزء السابع من البناية في شرح الهداية ويليه الجزء الثامن مبتدئًا بكتاب البيوع

فهرس المحتويات

كتاب السرقة

كتاب السير

كتاب اللقيط

كتاب اللقطة

كتاب الإباق

كتاب المفقود

كتاب الشركة

كتاب الوقف



